J. publ G.
371 g
(2)

Justiz-Gesetze

<36639805350016
<36639805350016
Bayer. Staatsbibliothek

J. publ. g. 371 g

DIE GROSSEN JUSTIZ-GESETZE
FÜR DAS DEUTSCHE REICH
NEBST DEN EINFÜHRUNGS-GESETZEN UND ERLÄUTERUNGEN.

2.

DIE KONKURS-ORDNUNG

FÜR DAS

DEUTSCHE REICH

NEBST EINFÜHRUNGS-GESETZ.

FÜR DEN PRAKTISCHEN GEBRAUCH ERLÄUTERT

VON

JULIUS PETERSEN,
KAMMERPRÄSIDENT AM K. LANDGERICHT ZU STRASSBURG I. E.

I. LIEFERUNG.

LAHR.
DRUCK UND VERLAG VON MORITZ SCHAUENBURG.
1878.

75 D

KONKURS-ORDNUNG

FÜR DAS

DEUTSCHE REICH

NEBST EINFÜHRUNGS-GESETZ.

FÜR DEN PRAKTISCHEN GEBRAUCH ERLÄUTERT

VON

JULIUS PETERSEN,

KAMMERPRÄSIDENT AM K. LANDGERICHT ZU STRASSBURG I. E.

LAHR.

DRUCK UND VERLAG VON MORITZ SCHAUENBURG

1878.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Erklärung

der häufiger vorkommenden Abkürzungen.

K.-O. = Deutsche Konkurs-Ordnung;
C.-P.-O. = Civilprozess-Ordnung;
E.-G. = Einführungs-Gesetz zur deutschen Konkurs-Ordnung;
E. = Entwurf zur deutschen Konkurs-Ordnung;
f. E. oder E. zur G.-Sch.-O. = Entwurf zu einer deutschen Gemeinschuld-Ordnung vom Jahr 1873;
M. = Motive zum Entwurf der deutschen Konkurs-Ordnung;
K. = Verhandlungen der Kommission des Reichstags über die Konkurs-Ordnung;
pr. K.-O. = preussische Konkurs-Ordnung vom Jahr 1855;
bayer. Pr.-O. = bayerische Civilprozess-Ordnung;
pr. A. L.-R. = Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten;
C. c. = Code civil;
H.-G.-B. = Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch;
W.-O. = Allgemeine deutsche Wechsel-Ordnung;
Fuchs K.-Pr. = der deutsche Konkurs-Prozess von Dr. Karl Fuchs, Professor in Marburg;
von Sarwey = die Konkurs-Ordnung kommentirt von Dr. von Sarwey, k. würt. Staatsrath;
Hullmann = die K.-O. erläutert von August Hullmann, Oberappellationsrath in Oldenburg;
von Völderndorff = die K.-O. erläutert von Dr. Otto Freiherrn von Völderndorff;
Wengler = die K.-O. erläutert von F. A. Wengler, k. sächs. Appellationsrath;
von Wilmowski = Deutsche Reichskonkurs-Ordnung von G. v. Wilmowski, Justizrath in Berlin;
Seuffert Archiv = Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe von Seuffert;
Striethorst = Archiv für die Entscheidungen des preuss. Obertribunals, herausgegeben von Striethorst;
Entsch. des pr. O.-Tr. = Entscheidungen des pr. Obertribunals herausgegeben von Mitgliedern dieses Gerichtshofs;
Entsch. des R.-O.-H.-G. = Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts;
Schweppe = System des Konkurses der Gläubiger von Schweppe;
Bayer = Konkurs-Prozess von Bayer;
Schmidt Handb. = Schmidt Handbuch des Civilprozesses;
Goltdammer = Kommentar zur pr. K.-O. von Goltdammer, k. Obertribunalsrath;
Wentzel und Klose = die pr. K.-O. erläutert von A. Wentzel, Appellationsgerichtspräsident und C. Klose, Kreisrichter;

Koch = die preuss. *Konkurs-Ordnung*, herausgegeben mit Kommentar von Dr. C. F. Koch;

Wernz = Kommentar zur bayer. Pr.-O. von Wernz, k. b. Oberappellationsgerichtsrath (jetzt Rath am R.-O.-H.-G.);

Rénouard = traité des faillites et banqueroutes par A. Ch. Rénouard, conseiller à la cour de cassation;

Boulay-Paty = traité des faillites et banqueroutes par feu P. S. Boulay-Paty, conseiller à la cour d'Appel de Rennes entièrement refondu par J. M. Boileux;

Bedarride = traité des faillites et banqueroutes par Bedarride, avocat à la cour royale d'Aix.

VORWORT.

Die Erläuterungen des Verfassers sind vorzugsweise auf die Bedürfnisse der Praxis berechnet. Diesen entsprechen systematische Lehrbücher, so gross auch deren Nutzen sonst ist, in der Regel nur in geringem Maasse. In solchen Werken fehlt der Wortlaut des Gesetzes, auf den es bei der Anwendung des Rechts in erster Linie ankommt. Ausserdem liegt den Lehrbüchern in der Regel ein anderes System als das im Gesetzbuch befolgte zu Grund, während sich der Praktiker gerade in dieses recht einleben will und soll. Endlich kann in rein systematischen Darstellungen den einzelnen Streitfragen meist nur wenig Raum gewidmet werden. Auch der Praxis ist aber schliesslich mit blossen Repertorien oder Nachschlagebüchern nicht gedient, und es wäre schlimm, wenn die vorhandenen Kommentare nur im einzelnen Falle zum Nachschlagen benützt würden oder benützt werden könnten, zum eigentlichen Studium dagegen nur ein systematisches Lehrbuch oder Handbuch dienen könnte. Es ist sicher ein Bedürfniss nach solchen Büchern vorhanden, welche den Bedürfnissen der Praxis entsprechen, aber zugleich ein zusammenhängendes und eingehendes Studium der Gesetzbücher ermöglichen und thunlichst erleichtern. Der Verfasser ist von der Auffassung ausgegangen, dass diesem Bedürfnisse um so mehr entsprochen werde, je systematischer die Darstellung geordnet ist. Werden die Erläuterungen in mehr oder weniger unzusammenhängender Weise an die einzelnen Vorschriften des Gesetzbuchs angehängt, so wird das Studium insbesondere bezüglich der umfangreicheren Materien sehr anstrengend, ja manchmal geradezu peinlich. Diese Anstrengung ist aber nicht mit einer besseren Einprägung des Stoffs verbunden. Vielmehr wird gerade diese um so mehr erschwert, je weniger die Darstellung systematisch geordnet ist. Bei Erläuterung der Konkurs-Ordnung wie bei dem Kommentar zur Civilprozess-Ordnung wurde desshalb eine ver-

*

hältnissmässig grosse Mühe darauf verwendet, den Stoff, soweit es innerhalb der durch die Kommentarform gesteckten Grenzen möglich, nach allgemeinen Gesichtspunkten zu vertheilen und eine zusammenhängende und übersichtliche Darstellung zu geben. Es wurde versucht, die Vortheile eines systematisch angelegten Lehr- oder Handbuchs, soweit dies erreichbar ist, mit denen des Kommentars zu verbinden, durch welchen das Gesetzbuch selbst erläutert wird und so die der letzteren Behandlungsweise anklebenden Mängel auf ein möglichst geringes Maass herabzudrücken.

Bei der Auslegung des Gesetzes kommt es zunächst immer auf den Wortlaut des Gesetzes und den Zusammenhang der einzelnen Bestimmungen an. Da die Entstehungsgeschichte des Gesetzes das richtige Verständniss desselben stets erleichtert, ja in vielen Fällen allein ermöglicht, musste aber auf diese Vorgeschichte, namentlich auf die Gesetzgebungsverhandlungen ausführlich eingegangen werden.[1]) In vielen Fällen genügt es, einfach auf die Motive und die Verhandlungen der Reichstagskommission zu verweisen. In der Regel wurde aber, da die Materialien nicht Jedermann zu jeder Zeit zugänglich und zur Hand sind, und jedenfalls die Nothwendigkeit, beständig die citirten Auslegungsbehelfe zu vergleichen, das Studium ausserordentlich erschwert, der erhebliche Inhalt der Motive oder Kommissionsprotokolle vollständig mitgetheilt. Die Mittheilung erfolgte regelmässig mittelst wortgetreuer Auszüge, um eine Kritik der aus den Materialien gezogenen Schlüsse zu ermöglichen. Da eine gesonderte Mittheilung der Auszüge sich mit der systematischen Anordnung nicht vertrug, wurde bei jeder Frage dasjenige mitgetheilt, was sich auf dieselbe bezieht. Aus demselben Grunde wurden, soweit es thunlich war, die Auszüge aus den Motiven so in den Text der Erläuterungen verflochten, dass die Darstellung eine fliessende blieb.

Ausser den Materialien wurden die Ergebnisse der Rechtslehre und Rechtsprechung unter den bisher geltenden Gesetzgebungen zur Auslegung benützt. Dass hiebei die Kommentare zur preussischen Konkurs-Ordnung und die Rechtsprechung des preussischen Obertribunals besondere Beachtung finden mussten, versteht sich von selbst, da die preussische Gesetzgebung im Allgemeinen die Grundlage der deutschen Konkurs-Ordnung bildet. Auch auf das gemeine Recht und die französische Gesetzgebung, welche letztere schon bei

[1]) Ueber die Benützung dieser Verhandlungen und den Werth, welcher denselben für die Auslegung zukommt, hat sich der Verfasser in der Einleitung zu den Erläuterungen der C.-P.-O. (S. 9—22) ausführlich ausgesprochen.

Aufstellung der preussischen Konkurs-Ordnung und ebenso auch jetzt wieder vielfach berücksichtigt worden ist, wurde übrigens Bezug genommen, soweit dies als sachdienlich erschien. Die bisher erschienenen Kommentare zur Konkurs-Ordnung wurden fleissig benützt und sowohl im Falle der Zustimmung als in dem einer abweichenden Auffassung regelmässig citirt. Dadurch wurde es ermöglicht, schon jetzt eine ziemlich vollständige Uebersicht über die Literatur und den Stand der einzelnen Streitfragen zu geben.

INHALTSÜBERSICHT.

I. Konkurs-Ordnung.

ERSTES BUCH.

Konkursrecht.

Erster Titel.

Allgemeine Bestimmungen.

§ 1. Umfang der Konkursmasse.

§ 2. Zweck des Konkursverfahrens. Konkursgläubiger.

§ 3. Absonderungsberechtigte. Deren Befriedigung erfolgt unabhängig vom Konkursverfahren.

§ 4. Ausländische Gläubiger. Vergeltungsrecht.

§§ 5 u. 6. Uebergang der Verfügungsbefugniss des Gemeinschuldners auf den Verwalter. Nichtigkeit der von dem ersteren nach der Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen.

§ 7. Leistungen an den Gemeinschuldner nach Eröffnung des Verfahrens.

§§ 8 u. 9. Einfluss des Konkurses auf Prozesse des Gemeinschuldners.

§ 10. Verfolgung der Konkursforderungen.

§ 11. Unzulässigkeit von Arresten und Zwangsvollstreckungen.

§ 12. Ausschliessung des Erwerbs und der Eintragung von Pfand- und Vorzugsrechten, sowie Zurückbehaltungsrechten.

§ 13. Einfluss des Konkurses auf die Verjährung.

§ 14. Auseinandersetzungen eines Miteigenthums, einer Gesellschaft oder einer sonstigen Gemeinschaft.

Zweiter Titel.

Erfüllung der Rechtsgeschäfte.

§ 15. Zweiseilige Verträge. Wahlrecht des Verwalters.

§ 16. Vorschrift bezüglich der Fixgeschäfte.

§§ 17 u. 18. Pacht- und Miethverträge.

§ 19. Dienstverträge.

§ 20. Vorbehalt für die besonderen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts.

§ 21. Folgen der Nichterfüllung oder Aufhebung eines Rechtsgeschäfts bezüglich der Vorleistung.

Dritter Titel.

Anfechtung.

§ 22. Zulässigkeit derselben im Allgemeinen.
§§ 23 u. 24. Anfechtung wegen Konkursmässigkeit und wegen Betrugs.
§ 25. Anfechtung unentgeltlicher Verfügungen.
§ 26. Ausschluss der Anfechtung wegen Zeitablaufs.
§ 27. Ausnahmebestimmung für Wechselzahlungen.
§ 28. Anfechtung von Rechtshandlungen, für welche ein Vollstreckungstitel erlangt wurde, oder welche durch Zwangsvollstreckung oder Vollziehung eines Arrestes erwirkt worden sind.
§ 29. Ausübung des Anfechtungsrechts durch den Verwalter.
§§ 30—32. Wirkungen der erfolgreichen Anfechtung.
§ 33. Anfechtung gegen Rechtsnachfolger.
§ 34. Verjährung des Anfechtungsrechts.

Vierter Titel.

Aussonderung.

§ 35. Allgemeiner Grundsatz.
§ 36. Verfolgungsrecht des Verkäufers und Einkaufskommissionärs.
§ 37. Aussonderungsrecht der Ehefrau. Beweispflicht derselben.
§ 38. Ansprüche wegen Veräusserung eines Aussonderungsgegenstandes.

Fünfter Titel.

Absonderung.

§ 39. Abgesonderte Befriedigung aus dem unbeweglichen Vermögen.
§ 40. Absonderungsrecht der Faustpfandgläubiger.
§ 41. Gesetzliche Pfandrechte, welche den Faustpfandrechten gleichgestellt sind.
§ 42. Abtretung einer Forderung zum Zweck der Umgehung des Gesetzes. Entschädigungspflicht.
§ 43. Absonderungsrecht der Nachlassgläubiger und Vermächtnissnehmer.
§ 44. Anspruch der Miteigenthümer, Gesellschafter u. s. w. auf abgesonderte Befriedigung.
§ 45. Absonderungsrecht der Lehens-, Stammguts-, oder Familienfideikommissgläubiger.

Sechster Titel.

Aufrechnung.

§ 46. Allgemeiner Grundsatz. Die Aufrechnung erfolgt ausserhalb des Konkursverfahrens.
§ 47. Aufrechnung mit betagten, bedingten oder nicht auf Geld gerichteten Forderungen.
§ 48. Fälle der Unzulässigkeit der Aufrechnung.
§ 49. Abtretung von Forderungen zum Zweck der Umgehung des Gesetzes. Entschädigungspflicht.

Siebenter Titel.

Massegläubiger.

§ 50. Allgemeine Vorschrift.
§ 51. Massekosten.
§ 52. Masseschulden.
§ 53. Rangordnung für den Fall der Unzulänglichkeit der Masse.

Achter Titel.

Konkursgläubiger.

§ 54. Rangordnung der Konkursgläubiger. Vorrechte.
§ 55. Nebenforderungen (Kosten, Vertragsstrafen, Zinsen).
§ 56. Forderungen, welche vom Konkursverfahren ausgeschlossen sind (laufende Zinsen, Geldstrafen u. s. w.).
§ 57. Ausfallsforderungen der Absonderungsberechtigten.
§§ 58—60. Betagte und bedingte Forderungen.
§ 61. Vorschrift für die Fälle, in welchen mehrere Personen für dieselbe Leistung auf das Ganze haften.
§ 62. Forderungen, welche nicht auf einen Geldbetrag gerichtet sind, oder bei denen dieser unbestimmt oder ungewiss ist.
§ 63. Forderungen auf bestimmte wiederkehrende Hebungen.

ZWEITES BUCH.

Konkursverfahren.

Erster Titel.

Allgemeine Bestimmungen.

§ 64. Zuständigkeit des Amtsgerichts.
§ 65. Entsprechende Anwendung der Civilprozess-Ordnung.
§ 66. Entscheidungen im Konkursverfahren. Zustellung. Rechtsmittel der Beschwerde.
§ 67. Ermittelungen zur Aufklärung des Sachverhalts; Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen.
§§ 68 u. 69. Oeffentliche Bekanntmachungen.
§§ 70—73. Ernennung des Konkursverwalters. Bekanntmachung derselben.
§§ 74—76. Verantwortlichkeit des Verwalters. Beaufsichtigung durch das Gericht. Ordnungsstrafen.
§ 77. Anspruch des Verwalters auf Vergütung.
§ 78. Verpflichtung desselben zur Rechnungsstellung.
§§ 79—84. Gläubigerausschuss.
§§ 85—91. Gläubigerversammlung.
§§ 92 u. 93. Verpflichtungen des Gemeinschuldners. Zwangsweise Vorführung desselben und Haft.

Zweiter Titel.
Eröffnungsverfahren.

§ 94. Allgemeine Voraussetzung des Konkursverfahrens (Zahlungsunfähigkeit).
§§ 95—97. Antrag auf Eröffnung des Verfahrens.
§ 98. Zwangsweise Vorführung und Haft des Gemeinschuldners. Sicherungsmassregeln.
§ 99. Abweisung des Eröffnungsantrags Mangels einer der Kosten des Verfahrens entsprechenden Masse.
§ 100. Zeitpunkt der Eröffnung des Verfahrens.
§ 101. Beschwerde gegen den Beschluss des Gerichts.
§ 102. Massregeln, welche mit der Eröffnung des Verfahrens zu treffen sind.
§§ 103—106. Bekanntmachungen und anderweitige Mittheilungen; Eintragung.

Dritter Titel.
Theilungsmasse.

§ 107. Besitzergreifung des Vermögens durch den Verwalter. Verwerthung desselben.
§§ 108 u. 109. Offener Arrest; Verpflichtung zur Anzeige des Besitzes von Massegegenständen.
§ 110. Verpflichtungen der Absonderungsberechtigten.
§ 111. Aushändigung von Briefen, Depeschen u. s. w. an den Verwalter.
§§ 112—115. Siegelung, Aufzeichnung, Inventar und Bilanz; Offenbarungseid.
§§ 116 u. 117. Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung von unbeweglichen Sachen; Verwerthung verpfändeter beweglicher Gegenstände.
§ 118. Vorläufige Entscheidungsbefugniss des Verwalters. Gewährung des nothdürftigen Unterhalts.
§ 119. Berichterstattung durch den Verwalter in der ersten Gläubigerversammlung.
§ 120. Zuständigkeit dieser Versammlung.
§§ 121—124. Verfügungen des Verwalters, welche einer Genehmigung bedürfen, und die Anhörung des Gemeinschuldners voraussetzen.
§ 125. Quittungen und Anweisungen des Verwalters.

Vierter Titel.
Schuldenmasse.

§§ 126—128. Anmeldung der Forderungen.
§§ 129—133. Prüfungsverfahren. Feststellung im Prüfungstermine.
§§ 134—136. Feststellung der streitig gebliebenen Forderungen. Spezialprozesse.

Fünfter Titel.
Vertheilung.

§§ 137 u. 138. Zeitpunkt der Vertheilung. Genehmigung durch den Gläubigerausschuss.
§ 139. Niederlegung des Verzeichnisses. Bekanntmachung der Summe der Forderungen und des verfügbaren Massebestands.
§§ 140—142. Forderungen, welche bei der Vertheilung zu berücksichtigen sind.

§§ 143—145. Nachträgliche Beseitigung des Ausschlusses oder der erfolgten Berücksichtigung. Endgültige Feststellung des Verzeichnisses.
§§ 146—148. Verfahren bei Abschlagsvertheilungen.
§§ 149—152. Schlussvertheilung. Aufhebung des Konkursverfahrens. Nachforderungsrecht der Gläubiger.
§ 153. Nachtragsvertheilung.
§§ 154—156. Vollzug der Vertheilungen. Zurückbehaltung der Dividende. Hinterlegung der zurückbehaltenen Beträge.
§ 157. Zahlungen auf festgestellte bevorrechtigte Forderungen.
§ 158. Ausschluss bedingter Aufrechnungsforderungen.
§ 159. Ausschliessung von Masseforderungen.

Sechster Titel.

Zwangsvergleich.

§ 160. Zeit für die Abschliessung des Zwangsvergleichs. Personen, welche denselben abschliessen.
§ 161. Inhalt des Vergleichsvorschlags.
§ 162. Unzulässigkeit des Zwangsvergleichs.
§§ 163 u. 164. Zurückweisung des bereits früher abgelehnten oder verworfenen Vergleichsvorschlags durch das Gericht.
§§ 165—167. Niederlegung des Vergleichsvorschlags. Anberaumung und Bekanntmachung des Vergleichstermins.
§ 168. Gleichmässige Berücksichtigung aller Gläubiger.
§ 169. Beschlussfassung in der Gläubigerversammlung.
§§ 170—174. Bestätigung durch das Konkursgericht. Verwerfung.
§§ 175—177. Aufhebung des Verfahrens zufolge des Zwangsvergleichs.
§§ 178—180. Wirkungen des Zwangsvergleichs gegenüber dem Gemeinschuldner und dessen Mitschuldnern und Bürgen. Zwangsvollstreckung und Hypothek.
§ 181. Klage auf Aufhebung des Zwangsvergleichs wegen Nichterfüllung findet nicht statt.
§ 182. Anfechtung des Zwangsvergleichs wegen Betrugs.
§ 183—187. Ausserkraftsetzung desselben in Folge betrüglichen Bankerutts. Wiederaufnahme des Verfahrens.

Siebenter Titel.

Einstellung des Verfahrens.

§§ 188 u. 189. Einstellung zufolge der Zustimmung aller Gläubiger.
§ 190. Einstellung wegen Unzulänglichkeit der Masse.
§§ 191 u. 192. Bekanntmachung des Einstellungsbeschlusses. Wirkungen der Einstellung.

Achter Titel.

Besondere Bestimmungen.

§§ 193 u. 194. Konkurs über das Vermögen von Aktiengesellschaften.
§§ 195—197. Konkurs über das Vermögen von eingetragenen Genossenschaften.

§§ 198—201. Konkurs über das Vermögen von offenen Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften.
§§ 202—206. Konkurs über einen Nachlass.
§ 207. Ausländischer Konkurs und Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung in das im Inland befindliche Vermögen.
§ 208. Konkurs über das im Inland befindliche Vermögen eines Schuldners, der im deutschen Reich keinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

DRITTES BUCH.

Strafbestimmungen.

§ 209. Betrüglicher Bankerutt.
§ 210. Einfacher Bankerutt.
§ 211. Strafbares Verhalten eines Schuldners gegen einzelne seiner Gläubiger im Verhältniss zu anderen.
§ 212. Gefährdung des Publikums durch Handlungen von Dritten; Begünstigung des betrüglichen Bankerutts.
§ 213. Unlauteres Verhalten der Gläubiger im Konkursverfahren. Stimmenkauf.
§ 214. Strafbestimmungen gegen die Vorstände einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft, sowie gegen Liquidatoren.

II. Einführungsgesetz zur Konkurs-Ordnung.

§ 1. Zeit des Inkrafttretens der Konkurs-Ordnung.
§ 2. Bedeutung des Ausdrucks „Gesetz."
§ 3. Verhältniss der Konkurs-Ordnung zu den Reichsgesetzen.
§§ 4 u. 5. Verhältniss zu den Vorschriften des Landesrechts.
§ 6. Besondere Vorschrift für Bayern. („Vereine" und „registrirte Gesellschaften".)
§ 7. Vorbehalt bezüglich des Privat-Fürstenrechts.
§ 8. Uebergangsbestimmungen für bereits vor dem 1. Oktober 1879 anhängige Konkurse.
§§ 9—13. Uebergangsbestimmungen hinsichtlich des Anfechtungsrechts, des Absonderungsrechts und der Aufrechnungsbefugniss. Vorbehalt für die Landesgesetzgebung bezüglich eines zu Gunsten beseitigter Pfand- und Vorzugsrechte zu gewährenden Vorrechts.
§§ 14—16. Erfordernisse der Faustpfandrechte an beweglichen körperlichen Sachen und Forderungen, welche ein Absonderungsrecht begründen.
§ 17. Vorbehalt der landesgesetzlichen Gewährung von Faustpfandrechten bezw. Vorrechten zu Gunsten der Inhaber von Banknoten, Pfandbriefen und Schuldverschreibungen.

EINLEITUNG.

I.
Entstehungsgeschichte.

Das Bedürfniss nach Rechtseinheit hat sich fast auf keinem Gebiete so mächtig geltend gemacht als bezüglich des Konkursverfahrens, hinsichtlich dessen in den einzelnen Staaten die verschiedenartigsten Bestimmungen bestanden. [1]) Es wurde desshalb schon seit langer Zeit insbesondere vom Handelsstand eine einheitliche Regelung der Materien verlangt. Demgemäss wurde schon bei der Aufstellung des Entwurfs zum deutschen Handelsgesetzbuch und bei der Berathung desselben erwogen, ob nicht Bestimmungen über den Konkurs in das Gesetzbuch aufgenommen werden sollten. Der preussische Entwurf enthielt in seinem fünften Buch eingehende Vorschriften über das „Falliment". Von der Kommission, welche mit der Entwerfung des Handelsgesetzbuchs beauftragt war, wurde jedoch auf die Berathung dieses sowie des sechsten, die Gerichtsbarkeit in Handelssachen betreffenden, Buchs nicht eingegangen, weil die Bestimmungen des Entwurfs zunächst auf den preussischen Staat berechnet und desshalb nicht vollständig und erschöpfend genug seien und keine Aussicht bestehe, ohne gleichzeitige Vereinbarung eines gemeinschaftlichen Prozessverfahrens und einer einheitlichen Organisation der Handelsgerichte zu einer Einigung über den Inhalt des Entwurfs zu gelangen. Mit Rücksicht darauf zog die preussische Regierung ihren ursprünglichen Entwurf zurück und ersetzte denselben durch einen anderen Vorschlag, welcher nur einige Hauptgrundsätze enthielt und insbesondere die Voraussetzungen und Folgen einer Fallimentserklärung hinsichtlich der Kaufleute regeln sollte. Aber auch auf diesen neuen Vorschlag ging die Kommission

[1]) In dem Anlageband, welcher den Motiven zum Entwurf der K.-O. beigefügt ist, sind in Anlage I. die Quellen des in Deutschland geltenden Konkursrechts vollständig dargestellt. Die Anlagen II. und III. enthalten das englische und das in den vereinigten Staaten von Nordamerika geltende Recht.

nicht ein, weil er noch weniger als der frühere Entwurf geeignet sei, den Anforderungen des Handelsstandes, der eine einheitliche und vollständige Regelung des kaufmännischen Konkursrechts und Konkursverfahrens erwarte, zu entsprechen. [1])

Im norddeutschen Bunde wurde bald nach dem Beginne der Vorarbeiten für eine deutsche Civil- und einer Strafprozess-Ordnung auch eine Konkurs-Ordnung für das ganze Bundesgebiet in Aussicht genommen. Am 21. Februar 1870 beschloss der Bundesrath, den Bundeskanzler zu ersuchen, den Entwurf einer einheitlichen Konkurs-Ordnung für den norddeutschen Bund ausarbeiten zu lassen und es wurde darauf der preussische Justizminister vom Kanzler ersucht, die Ausarbeitung zu veranlassen. Zufolge dieser Beschlüsse wurde im preussischen Justizministerium auf der Grundlage der preussischen Konkurs-Ordnung ein Entwurf zu einer „deutschen Gemeinschuld-Ordnung" festgestellt. Als derselbe beendigt war, hatten sich aber die Verhältnisse insofern geändert, als inzwischen das deutsche Reich gegründet worden war. Im November 1873 wurde der Entwurf vom Reichskanzler den Bundesregierungen mitgetheilt und gleichzeitig durch den Buchhandel (Verlag von Decker in Berlin) veröffentlicht. Am 21. Dezember 1873 beschloss der Bundesrath, dass der Entwurf einer Vorberathung durch eine besondere, aus acht angesehenen Juristen und drei angesehenen Vertretern des Handelsstandes gebildeten, Kommission unterstellt werden solle und es wurden zu Mitgliedern dieser Kommission folgende Personen gewählt: 1. Albrecht, Präses des Handelsgerichts in Hamburg; 2. von Amsberg, Oberappellationsgerichtsrath in Rostock; 3. Förster, geh. Oberjustizrath in Berlin; 4. Harrasowitz, geh. Justizrath und Stadtgerichtsdirektor in Berlin; 5. von Kohlhaas, Obertribunalsrath in Stuttgart; 6. Makower, Rechtsanwalt in Berlin; 7. von Neumayr, Präsident des obersten Gerichtshofs in München; 8. Schmitt, Rath an diesem Gerichtshof und Referent im bayer. Justizministerium; 9. Paul Bassenge, stellv. Vorsitzender der Handelskammer in Leipzig; 10. Franz Schütte, Mitglied der Handelskammer in Bremen und 11. der geh. Kommerzienrath Robert Warschauer, Banquier in Berlin. Als Schriftführer wurden der Kommission Stadtgerichtsrath Hagens in Berlin und Landgerichtsrath Lingen in Elberfeld beigegeben. Von dieser Kommission, welche am 16. März 1874 in Berlin zusammentrat,

[1]) V. Hahn Kommentar zum H.-G.-B. Einleitung § 3 S. XVIII. und § 11 S. XXIX. ff., ferner von Völderndorff Bd. I. S. 15 ff.

und ihre Arbeit am 31. Juli d. J. beendigt hatte, wurde der ihr vorgelegte Entwurf in drei Lesungen, welche 73 Sitzungen beanspruchten, durchberathen und es wurde so der Entwurf zu einer „deutschen Konkurs-Ordnung“ festgestellt, der sich in der Anlage und den Grundzügen ganz an den ersten Entwurf anschloss, im Einzelnen aber sowohl bezüglich der Anordnung und Fassung als in Beziehung auf die Prinzipien zahlreiche Aenderungen desselben enthält.[1] Dieser Kommissionsentwurf wurde vom Bundesrath durchberathen, der noch einige sachliche und redaktionelle Aenderungen beschloss und sodann am 21. Januar 1875 dem Reichstag vorgelegt, in welchem er in der folgenden Session am 4. November 1875 zur ersten Lesung gelangte. Vom Reichstag wurde derselbe an eine Kommission von 14 Mitgliedern verwiesen, welche aus den Abgeordneten Ausfeld, Frankenburger, Dr. Goldschmidt, Grütering, Haanen, Hullmann, Kochann, Mosle, Dr. von Sarwey, Schröder (Lippstadt), Dr. Websky, von Woedtke, von Vahl und Wölfel bestand. Für die ausscheidenden Mitglieder Frankenburger und Mosle traten Dr. Zimmermann und Möring ein. Die Kommission wählte als Vorsitzenden Dr. von Sarwey, als dessen Stellvertreter Dr. Goldschmidt. Als Protokollführer waren die Assessoren Dr. Schreber, Dr. Seuffert und Sydow, welche auch in der Justizkommission das Protokoll führten, thätig. Als Regierungskommissäre nahmen an den Berathungen der Kommission Theil: der Direktor im Reichskanzleramte, wirkl. Geh. Oberregierungsrath von Amsberg, der preuss. Geh. Oberjustizrath Hertz, Regierungsrath Hagens (später vortragender Rath im Reichsjustizamt) und der bayer. Appellationsgerichtsrath Dr. Hauser. Die Kommission, deren Mandat ebenso wie das der mit der Berathung der C.-P.-O., St.-P.-O. und des G.-V.-G. beauftragten „Justizkommission“ durch das Gesetz vom 1. Februar 1876 verlängert wurde, entledigte sich ihrer Aufgabe in 27 Sitzungen in der Zeit vom 4. November 1875 bis 4. Februar 1876 und vom 18. Mai bis 26. Mai 1876. Die von der Kommission beschlossenen Aenderungen sind nicht sehr zahlreich und meist nur redaktioneller Natur. Im Reichstag wurde durch den Abg. von Vahl über den Kommissionsentwurf mündlich Bericht erstattet und wurde derselbe in zweiter und in dritter Lesung einstimmig en bloc angenommen.

Für die Auslegung der Konkurs-Ordnung kommen, soweit die Gesetzgebungsverhandlungen in Frage stehen, vor Allem in Betracht

[1]) Diese Darstellung ist dem Vorwort zu den Motiven entnommen, in welchem noch (auf S. 4) die wenigen vom Bundesrath beschlossenen Aenderungen aufgezählt sind.

die Motive zur K.-O., welche mit denen zum Entwurf einer deutschen Gemeinschuld-Ordnung im Allgemeinen übereinstimmen, sodann die Protokolle der Reichstagskommission, insbesondere die sogenannten authentischen Interpretationen. Bezüglich der Frage, welche Bedeutung diesen „Materialien" zukommt, ist auf die ausführlichen Erörterungen zu verweisen, welche der Verfasser in der Einleitung zum Kommentar zur C.-P.-O. (S. 9–22) gegeben hat, und in welchen die ganze Literatur über diese Frage zusammengestellt ist. [1])

II.

Charakteristik der Konkurs-Ordnung.

Die Grundlage des Entwurfs bildete, wie bereits hervorgehoben wurde, die preussische Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855, welche ihrerseits aus einer „Verarbeitung des gemeinen deutschen und des französischen Rechts" hervorgegangen ist. (M.: S. 8.) Diese Grundlage wurde aber nur im Allgemeinen festgehalten, und es ist die Konkurs-Ordnung nicht als eine blosse Ueberarbeitung des preussischen Gesetzbuchs, sondern, namentlich auch bezüglich der Anordnung und der Fassung der einzelnen §§, als ein selbständiges Werk anzusehen. Materiell unterscheidet sich das neue Gesetzbuch von der preussischen Konkurs-Ordnung in vielen Punkten, von denen hier nur die Beseitigung des Unterschieds zwischen kaufmännischem und gemeinem Konkurs, die freiere Stellung des Konkursverwalters und der Gläu-

[1]) Von Sarwey bemerkt zwar (in der Einleitung S. XXXVI.), dass die Streitfrage bezüglich der Bedeutung der Gesetzgebungsverhandlungen für die Gesetzesauslegung hinsichtlich der Reichsjustizgesetze einschliesslich der K.-O. gegenstandslos sei, weil die Motive nicht als Willensäusserung der verbündeten Regierungen anzusehen seien, und tadelt es, dass dies vom Verfasser in seinem Kommentar zur C.-P.-O. nicht genügend beachtet worden sei. Dieser Auffassung kann jedoch nicht beigestimmt werden. Bei jener Streitfrage handelt es sich wesentlich um das Verhältniss zwischen dem Worlaut des Gesetzes und dem aus den Gesetzgebungsverhandlungen ermittelten Sinn desselben. Für die Ermittelung dieses Sinnes oder der bei Aufstellung des Entwurfs bestehenden Absicht haben die Motive, wenn sie auch nicht vom Bundesrath ausgegangen sind, was der Verfasser keineswegs übersehen, sondern in seiner Einleitung (S. 6 und S. 21) selbst hervorgehoben hat, jedenfalls eine grosse Bedeutung, die auch von Sarwey anerkennt. Hiebei kommt es aber viel weniger darauf an, ob die Motive von den einzelnen Bundesrathsmitgliedern gebilligt worden sind, als dass sie von denselben Personen herrühren, welche den Entwurf verfasst haben, und dass in der Reichstagskommission immer auf die Motive zurückgegangen und verwiesen worden ist. Ergibt sich aus den Motiven und Kommissionsverhandlungen klar, dass eine Vorschrift des Gesetzes einen bestimmten Sinn hat, der nicht ohne Weiteres aus dem Wortlaut entnommen werden kann, so ist die Verschiedenheit der Auffassung von Bedeutung, welche der von dem Verfasser erörterten Streitfrage zu Grunde liegt.

biger gegenüber dem Gericht, die Behandlung der Absonderungsberechtigten und die Regelung des Vertheilungsverfahrens hervorgehoben werden soll.

Die Grundgedanken, von welchen bei der Regelung der einzelnen Materien ausgegangen wurde, hier in erschöpfender Weise darzulegen, erscheint weder als angemessen noch als ausführbar. Vielmehr musste diese Darlegung der Erläuterung im Einzelnen vorbehalten bleiben. Den grösseren Abschnitten wurden übrigens regelmässig allgemeine Vorbemerkungen vorausgeschickt, welche die Grundgedanken des Gesetzes erkennen lassen. Hier soll die Aufgabe, welche die K.-O. sich gestellt hat und die Art und Weise, in welcher dieselbe erstrebt worden ist, nur in ganz allgemeiner Weise charakterisirt werden:

1. Durch die K.-O. wird nicht bloss das eigentliche Konkursverfahren, von welchem das zweite Buch handelt, sondern auch das Konkursrecht, das den Gegenstand des ersten Buchs bildet, in einheitlicher und erschöpfender Weise geregelt. Hiezu entschloss man sich sowohl mit Rücksicht auf die Schwierigkeit, eine überall klare und scharfe Grenze zwischen sogen. materiellem und formellem Rechte zu finden, als auch mit Rücksicht darauf, dass nur auf diesem Wege ein befriedigendes Ergebniss zu erwarten sei. „Es ist insbesondere auf dem Gebiete des Konkursrechts der Zusammenhang des materiellen und formellen Rechts ein so inniger, dass die Normen des Verfahrens nothwendig bedingt sind durch das materielle Recht und die Trennung beider unausführbar erscheinen muss. Die Form ist ein Erzeugniss des materiellen Rechts, nicht bloss eine äussere Zuthat zu dem letzteren, welche mit einer anderen willkürlich vertauscht werden kann; sie ist aus dem materiellen Rechte innerlich hervorgetrieben. Die Aenderung des Einen bedingt daher nothwendig auch die Aenderung des Anderen.“ (M.: 6.) Nur soweit eine einheitliche Regelung mit Rücksicht auf die Verschiedenheit des bürgerlichen Rechts als unausführbar erschien, wurde auf die Landesgesetzgebung verwiesen. (V. die §§ 20, 39, 43, 45, 116 und 180 K.-O. und die §§ 5—7 des E.-G.)

2. Nach der K.-O. ist die Konkurseröffnung nicht bloss, wie nach französischem Recht, bei Kaufleuten möglich, sondern es unterliegen derselben, wie es in Deutschland mit Ausnahme der Länder des französischen Rechts immer der Fall war, und nach allen neueren Konkurs-Ordnungen, namentlich nach der neueren englischen und nordamerikanischen Gesetzgebung der Fall ist, auch Nichtkaufleute. Es wurde aber auch die in mancher Gesetzgebung, insbesondere in

der preussischen K.-O., hergebrachte Unterscheidung zwischen „kaufmännischem“ und „gemeinem“ Konkurs ganz aufgegeben und es gelten, abgesehen von einzelnen Strafbestimmungen, welche nur auf Kaufleute berechnet sind (§ 209 Nr. 3 u. 4 und § 210 Nr. 2 u. 3), alle Vorschriften der K.-O. in gleicher Weise für Kaufleute wie für Nichtkaufleute, wenn auch das Konkursverfahren vorzugsweise bei letzteren eintreten wird. Die Gründe zur Beseitigung der angeführten Beschränkung und der Scheidung des Verfahrens je nach dem Stande des Gemeinschuldners wurde in den Motiven (10—12) ausführlich dargelegt.

3. Damit das Konkursverfahren eröffnet werden kann, wird bei Kaufleuten wie bei Nichtkaufleuten in der Regel nicht der Nachweis einer Ueberschuldung oder Vermögensunzulänglichkeit verlangt und ebensowenig genügt ein solcher. Es wird vielmehr regelmässig vorausgesetzt, dass sich der Schuldner im Zustande der Zahlungsunfähigkeit befinde, welche insbesondere dann anzunehmen ist, wenn eine Zahlungseinstellung stattgefunden hat. (V. Bem. I. und II. zu § 94.) Nur soweit der Konkurs über das Vermögen einer Aktiengesellschaft in Frage steht, begründet auch die Ueberschuldung den Anspruch auf Eröffnung des Konkursverfahrens und bei dem Konkurs über einen Nachlass kommt es lediglich auf diese an. (§§ 193 und 203.)

4. Nach der K.-O. erscheint das Konkursverfahren nicht als ein Prozess, sondern als eine unter richterlicher Autorität sich vollziehende Auseinandersetzung zwischen dem zahlungsunfähig gewordenen Schuldner und dessen Gläubigern, welche mit der Liquidation einer kaufmännischen Firma verglichen wird. (M.: 9 und 10.) Zur Befriedigung der Gläubiger dient hiebei das gesammte der Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Schuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört. Dagegen bildet das nach der Konkurseröffnung erworbene oder anerfallene Vermögen einen Bestandtheil der Konkursmasse nicht. (§ 1.) Andererseits nehmen an dieser Auseinandersetzung nur die „Konkursgläubiger“ d. h. diejenigen persönlichen Gläubiger Theil, welche einen zur Zeit der Konkurseröffnung begründeten Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner haben. (§ 2.) Rechte, welche ein Dritter schon vor der Konkurseröffnung bezüglich einzelner in der Masse befindlichen Gegenstände erworben hatte, mögen sie auf Aussonderung der nicht zur Masse gehörenden Gegenstände aus derselben (separatio ex jure dominii des gemeinen Rechts) oder auf Absonderung von Gegenständen zum Zwecke der Befriedigung von Pfandgläubigern

u. s. w. (Separatisten ex jure crediti) gerichtet sein, werden durch das Konkursverfahren grundsätzlich nicht berührt, sondern es haben die Aussonderungs- und Absonderungsberechtigten ihre Ansprüche unabhängig vom Konkursverfahren geltend zu machen. (Vorbem. 1 zu §§ 35 ff. und Bem. I und II zu § 3.) Die Absonderungsberechtigten sind jedoch verpflichtet, von den in ihrem Besitz befindlichen, zur Masse gehörigen Gegenständen Anzeige zu machen und müssen sich deren Abschätzung und Zwangsveräusserung gefallen lassen. (§§ 110, 116, 117.) Soweit dieselben ungeachtet der abgesonderten Befriedigung noch Gläubiger bleiben, können sie ihre Ausfallsforderung im Konkursverfahren geltend machen, sind aber in dieser Beziehung gewissen Beschränkungen unterworfen. (§§ 57 u. 141.) Bezüglich der Konkursgläubiger gilt im Allgemeinen der Grundsatz, dass dieselben einen gleichmässigen Anspruch auf Befriedigung haben. Für eine kleine Zahl von Forderungen ist jedoch (in § 54) ein Vorrecht beibehalten worden.

5. Während die gemeinrechtliche Theorie von dem Grundsatz beherrscht ist, dass das Vermögen des zahlungsunfähigen Schuldners zum Zweck der Berichtigung seiner Verbindlichkeiten auf die Gesammtheit der Gläubiger übergeht, findet nach der K.-O. ein solcher Vermögensübergang nicht statt. Der Gemeinschuldner verliert zwar zufolge der Konkurseröffnung die Befugniss, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen und es geht diese Befugniss auf den Konkursverwalter über, der als Vertreter des Gemeinschuldners anzusehen ist. (§ 5.) Auch sind die Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, welche derselbe nach der Konkurseröffnung in Beziehung auf die Konkursmasse vornimmt, den Konkursgläubigern gegenüber nichtig. (§ 6.) Aber der Gemeinschuldner bleibt desshalb doch Eigenthümer der zur Konkursmasse gehörenden Sachen und Träger der übrigen Vermögensrechte. Auch wird dessen Handlungsfähigkeit durch den Konkurs nicht aufgehoben. Vielmehr kann er, soweit dadurch die Konkursmasse nicht berührt wird, Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, sowie klagen und verklagt werden. (Bem. I und II zu § 5.)

Was die Gläubiger anbelangt, so ist der K.-O. die Auffassung fremd, dass die Gläubiger als eine Gesammtheit betrachtet (die „Gläubigerschaft“), eine juristische Person oder Gesellschaft bilden. Vielmehr stehen dieselben ungeachtet der zwischen ihnen in Folge des Konkurses entstehenden Gemeinschaft dem Gemeinschuldner als einzelne Personen gegenüber. (Bem. I. 3 zu § 2.) Aus der Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners ergibt sich jedoch für die Konkursgläubiger

der Anspruch, dass das vorhandene Vermögen zur gemeinschaftlichen Befriedigung dieser Gläubiger verwendet werde (Konkursanspruch) und die Verletzung dieses Rechts begründet die Befugniss zur Anfechtung der von dem Gemeinschuldner vorgenommenen Rechtshandlungen. (Bem. I. 1 zu § 2 und Bem. II zu § 23.)

6. Die Leitung des Konkursverfahrens steht auch nach der K.-O. dem Gerichte zu und zwar ist die Thätigkeit des Konkursgerichts regelmässig demjenigen Amtsgericht zugewiesen, bei welchem der Gemeinschuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. (§ 64.) Das Konkursgericht hat jedoch nicht die Aufgabe, das zur Konkursmasse gehörige Vermögen zu verwalten, vielmehr ist die Verwaltung dem Konkursverwalter, der die Funktionen des gemeinrechtlichen Kurators und Kontradiktors in sich vereinigt, übertragen und diesem, wenn er auch vom Gericht ernannt wird und unter dessen Aufsicht steht (§§ 70, 75, 76) eine selbständige Stellung eingeräumt. Ausserdem ist den Gläubigern, deren Befriedigung den Zweck des Konkursverfahrens bildet, in weitgehender Weise eine Mitwirkung bei der Verwaltung zuerkannt und der Verwalter bezüglich wichtigerer Fragen an die Genehmigung der Organe der Gläubiger (Gläubigerausschuss und Gläubigerversammlung) gebunden worden. (§§ 118, 120—122.) Insbesondere steht den Gläubigern das Recht zu, unter bestimmten Voraussetzungen einen Zwangsvergleich mit dem Gemeinschuldner zu schliessen und dadurch die Aufhebung des Konkursverfahrens herbeizuführen (§§ 120—187) oder durch Zustimmung zu einem aussergerichtlichen Vergleich die Einstellung des Verfahrens zu veranlassen. (§ 188.)

7. Die Feststellung der zur Theilnahme am Konkursverfahren berechtigenden Forderungen erfolgt in einem besonderen Prüfungsverfahren (§§ 129 ff.) und es erhalten die ihre Forderung anmeldenden Gläubiger, wenn nicht der Verwalter oder ein Konkursgläubiger Widerspruch erhebt, durch Eintragung in eine besondere Tabelle das Recht zur Mitwirkung bei den Abstimmungen und zur Theilnahme bei den Vertheilungen. (§§ 87 und 133). Wird Widerspruch erhoben, so müssen die Forderungen durch Spezialprozesse, welche ausserhalb des Konkursverfahrens zu erledigen sind und dessen Durchführung nicht aufhalten, festgestellt werden. (§ 134.) Bezüglich der Vertheilung gilt der Grundsatz, dass sobald eine die Vornahme derselben ermöglichende Masse vorhanden ist, eine Abschlagsvertheilung durch Gewährung von Dividende auf die theilnahmeberechtigten Forderungen zu erfolgen hat, und es ist das ganze Vertheilungsverfahren, bei welchem Abschlags-, Schluss- und Nach-

tragsvertheilungen vorgesehen sind, in zweckmässiger Weise geregelt. (§§ 137—159.)

III.

Verhältniss der Konkurs-Ordnung zu anderen Gesetzen. Uebergangsbestimmungen.

Durch die K.-O. wurden alle landesgesetzlichen Vorschriften über „Konkurs-, Falliments-, Gant- oder Debitverfahren", und über die zur Abwendung oder Einleitung eines solchen Verfahrens dienenden Verhandlungen, sowie über das Konkursrecht beseitigt, soweit dieselben nicht unter die Bestimmung des § 5 E.-G. fallen oder in der K.-O. auf diese Vorschriften verwiesen oder bestimmt worden ist, dass sie nicht berührt werden. Auch sind die Strafvorschriften, welche rücksichtlich des Konkurses in den Landesgesetzen enthalten sind, ausdrücklich aufgehoben worden. (E.-G. § 4.) Dagegen werden die den Konkurs betreffenden Vorschriften der Reichsgesetze durch die K.-O. nicht berührt, soweit dieselben nicht durch das Einführungsgesetz ausdrücklich aufgehoben worden sind. (§ 3 E.-G.) Was die Bestimmungen der übrigen Justizgesetze anbelangt, so finden nach § 65 die Vorschriften der Civilprozess-Ordnung auch auf das Konkursverfahren entsprechende Anwendung, soweit nicht aus den Bestimmungen der K.-O. sich Abweichungen ergeben. Aber auch die Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes kommen auf das Konkursverfahren zur Anwendung. Dieses ist zwar nicht als eine besondere Prozessart und der einzelne Konkurs nicht als eine „bürgerliche Rechtsstreitigkeit" anzusehen. Immerhin handelt es sich aber bei der Leitung dieses Verfahrens um einen Akt der „ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit" im Sinne des § 2 des E.-G. zum G.-V.-G., nicht um Ausübung einer „freiwilligen Gerichtsbarkeit." Zu den „Prozess-Ordnungen", von welchen im G.-V.-G. (§§ 24 und 161) gesprochen wird, gehört auch die Konkurs-Ordnung. [1])

Was die Uebergangsbestimmungen betrifft, so sind diejenigen Konkurse, welche am 1. Okt. 1879 bereits anhängig waren, nach den bisherigen Gesetzen zu erledigen. (§ 8 E.-G.) Dagegen kommt bezüglich der später eröffneten Konkurse die K.-O. nicht bloss insoweit zur Anwendung, als es sich um das eigentliche Verfahren handelt, sondern auch insofern konkursrechtliche Bestimmungen in Frage stehen. Auch hinsichtlich solcher Rechtsverhältnisse, welche bereits

[1]) V. Keller, Kommentar zur G.-V.-G. § 24 Bem. 1 und 2 des E.-G. Bem 2.

vor dem Inkrafttreten der K.-O. begründet waren, sind deren Vorschriften in der Regel allein massgebend. Nur in einzelnen Richtungen, nämlich soweit es sich um Anfechtung von Rechtshandlungen, um Aufrechnung und um Berücksichtigung älterer, nach der K.-O. nicht zur Absonderung berechtigenden, Pfand- und Vorzugsrechte handelt, wurde im E.-G. bestimmt, dass die K.-O. keine Anwendung finde, oder der Landesgesetzgebung die Befugniss vorbehalten, durch Gewährung eines Vorrechts zu helfen. (§§ 9—13 E.-G.)

ERSTES BUCH.

Konkursrecht.

(§§ 1—63.)

Uebersicht.

Bezüglich des ersten Buchs der Konkurs-Ordnung, welches das sogen. „materielle Konkursrecht" enthält, wurde in den Motiven (S. 12 und 13) bemerkt:

„Die Aufgabe des ersten Theils ist es, die Einwirkungen der Eröffnung des Konkursverfahrens auf die davon betroffenen Rechtsverhältnisse festzustellen, insbesondere also die Fragen zu beantworten: welche Rechte erwerben die mehreren Gläubiger auf das unzulängliche Vermögen, wie äussern sich diese Rechte auf gewisse von dem Gemeinschuldner vor oder nach der Eröffnung des Konkurses vorgenommenen Rechtshandlungen, wie weit und in welcher Ordnung können die Gläubiger aus dem Vermögen Befriedigung erlangen, in welches rechtliche Verhältniss treten durch die Eröffnung dieses Verfahrens die Gläubiger zum gemeinsamen Schuldner und zu dritten Personen?

Der vorliegende Entwurf löst diese Fragen im ersten Buche in acht Titeln.

Zunächst wird im Allgemeinen der Gegenstand und die Wirkung des Konkursverfahrens bestimmt (Tit. 1).

Daran reihen sich im Besonderen die Vorschriften über die Wirkung der Eröffnung des Verfahrens auf die Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen, die der Gemeinschuldner zu einer Zeit vorgenommen hat, zu welcher ihm das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über sein Vermögen noch zustand, um zu bestimmen, inwieweit dieselben erfüllt werden können oder müssen (Tit. 2), oder unter welchen Voraussetzungen sie im Interesse der Gläubiger anfechtbar sind (Tit. 3).

In Titel 4 wird bestimmt, inwieweit die in dem Vermögen des Gemeinschuldners faktisch befindlichen, ihm aber rechtlich nicht zugehörigen, Gegenstände aus demselben auszusondern und den berechtigten Personen, die als solche nicht Konkursgläubiger sind, herauszugeben sind. Hier ist das Aussonderungsrecht der Ehefrau des Gemeinschuldners von hervorragender Bedeutung.

In den Titeln 5 bis 8 wird die verschiedene Rechtslage aller derjenigen Personen normirt, welche an das in Beschlag genommene Vermögen Ansprüche zu erheben haben. Diese zerfallen in zwei Klassen: solche, welche nicht ver-

pflichtet werden können, ihre Befriedigung im allgemeinen Konkursverfahren zu erzielen, und solche, welche nur in diesem ihre Befriedigung erhalten dürfen. Zur ersten Klasse gehören diejenigen, die einen besonderen Anspruch auf bestimmte einzelne Vermögensstücke haben und daher diese zu ihrer Befriedigung verwendet verlangen: sie haben das Recht anf eine abgesonderte Befriedigung (Tit. 5), sodann diejenigen, welche durch Aufrechnung mit ihrer Schuld an den Gemeinschuldner ihren Anspruch an ihn befriedigen können (Tit. 6), endlich die sogen. Massegläubiger, welche vorweg aus der Konkursmasse zu befriedigen sind, weil ihre Ansprüche auf die letztere rechtsgültig erst nach der Eröffnung des Verfahrens und in Folge derselben entstanden sind.

Der letzte Titel 8 erörtert die Natur und die Rangordnung der Ansprüche der zweiten Klasse — die Verhältnisse der Konkursgläubiger, d. h. derjenigen, die nur im Konkurse ihre Befriedigung erlangen können."

ERSTER TITEL.

Allgemeine Bestimmungen.

(§§ 1—14.)

Vorbemerkungen.

In den §§ 1—14 werden, wie schon die Ueberschrift angibt, lediglich allgemeine Bestimmungen getroffen, die sich auf den Gegenstand und die Wirkungen des Konkursverfahrens beziehen. In § 1 wird der Umfang des Konkursverfahrens bezeichnet, wodurch zugleich der Begriff der Konkursmasse genau bestimmt wird, in § 2 dagegen der Inhalt des Konkursanspruchs normirt, woraus sich ergibt, welche Personen als Konkursgläubiger anzusehen sind. Die §§ 3 und 4 enthalten allgemeine Vorschriften über die Rechte auf abgesonderte Befriedigung und die Stellung der ausländischen Gläubiger. Nachdem sodann in § 5 der Satz aufgestellt worden ist, dass der Gemeinschuldner mit Eröffnung des Konkursverfahrens das Recht der Verfügung und Verwaltung bezüglich seines zur Konkursmasse gehörigen Vermögens verliere und die Ausübung dieser Befugnisse dem Konkursverwalter zustehe, werden in den §§ 6 und 7 hieraus die Folgerungen, bezüglich der vom Gemeinschuldner nachträglich vorgenommenen Rechtshandlungen und der später an ihn erfolgten Leistungen gezogen und in den §§ 8—12 hinsichtlich der für den Gemeinschuldner anhängigen Rechtsstreitigkeiten und der Unstatthaftigkeit neuer Klagen und Zwangsvollstreckungen durch die Konkursgläubiger sowie neuer Sicherheitsbestellungen für sie Bestimmungen getroffen. Durch § 13 wird endlich der Einfluss des Konkursverfahrens bezw. der Anmeldung einer Konkursforderung auf die Verjährung und durch § 14 die Auseinandersetzung mit solchen Personen geregelt, zu denen der Gemeinschuldner in einem Miteigenthums-, Gesellschafts- oder sonstigem Gemeinschafts-Verhältniss steht. In der pr. K.-O. wurden am

Schlusse der allgemeinen Bestimmungen Vorschriften über den Todesfall des Gemeinschuldners gegeben und wurde namentlich in § 13 bestimmt, dass dieser Tod keine Unterbrechung des Konkurses bewirke, und der Fortgang desselben auch dadurch nicht gehemmt werde, dass der Erbe des Gemeinschuldners die Erbschaft ohne Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars antrete, so lange der Erbe die Gläubiger nicht befriedige. Derartige Vorschriften wurden aber bei Aufstellung des Entwurfs für überflüssig gehalten und es wurde in dieser Beziehung in den Motiven (62) bemerkt: „Dass der Tod des Gemeinschuldners den gegen ihn eröffneten Konkurs nicht unterbricht, erscheint als eine so selbstverständliche Folge des Rechts, das die Gläubiger durch die Konkurseröffnung auf die Masse erlangt haben (§ 2), dass eine gesetzliche Bestätigung derselben überflüssig erscheint. Auch ist nicht erfindlich, wesshalb dadurch, dass der Erbe des Gemeinschuldners die Erbschaft ohne Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars antritt, der Fortgang des Konkurses sollte gehemmt werden können. Dieser Antritt hat nur zur Folge, dass die Gläubiger sich nun auch an das Vermögen des Erben zu halten befugt sind".

§ 1.

Das Konkursverfahren umfasst das gesammte, einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört (Konkursmasse).

Der Niessbrauch, welcher dem Gemeinschuldner während der Dauer des Verfahrens an dem Vermögen seiner Ehefrau oder seiner Kinder nach den Landesgesetzen zusteht, gehört zur Konkursmasse. Aus den Nutzungen kann der Gemeinschuldner die Mittel beanspruchen, welche zu seinem angemessenen Unterhalte und dazu erforderlich sind, um eine gesetzliche Verpflichtung desselben zum Unterhalte seiner Ehefrau oder zum Unterhalte und zur Erziehung seiner Kinder zu erfüllen.

Die im § 715 Nr. 5, 8 der Civilprozessordnung und im § 20 des Gesetzes über das Postwesen des Deutschen Reichs vom 28. Oktober 1871 vorgesehenen Beschränkungen kommen im Konkursverfahren nicht zur Anwendung.

(E.: § 1; M.: S. 18 ff.; K.: 1 ff. u. 145 ff.; pr. K.-O. §§ 1 u. 93).

I.
Allgemeine Bemerkungen.

1.

Das Konkursverfahren erstreckt sich nach dem Gesetz auf das gesammte nicht ausdrücklich von demselben ausgenommene Vermögen des Gemeinschuldners, aber auch nur auf das Vermögen desselben. Es sind also alle Gegenstände, welche überhaupt nicht als Bestandtheile des Vermögens anzusehen sind, oder wenigstens nicht zum Vermögen des Gemeinschuldners gehören, von vornherein von der Konkursmasse ausgeschlossen. Ausserdem ist das Konkursverfahren auf dasjenige Vermögen beschränkt, das einer Zwangsvollstreckung unterliegt und das dem Gemeinschuldner bereits zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört (V. Bem. II. und III.). Das Wort „Konkursverfahren" ist übrigens im weiteren Sinne gebraucht, und finden auf die nach § 1 zur Konkursmasse gehörenden Gegenstände selbstverständlich nicht bloss die Vorschriften des zweiten Buchs, sondern auch die im ersten Buch enthaltenen Bestimmungen (das Konkursrecht i. e. S.) Anwendung.

2.

Das Wort „Vermögen" ist hier nicht in dem weiteren Sinne zu verstehen, in welchem zu demselben auch die Arbeitskraft des Gemeinschuldners, dessen Kredit etc. gehört, sondern es wird darunter nur der Inbegriff der dem Gemeinschuldner gehörigen Sachen und Rechte verstanden. Ausserdem wird, damit solche Rechte als Bestandtheil des Vermögens angesehen werden können, vorausgesetzt, dass dieselben überhaupt einen Werth haben, und dass dieser Werth sich für die Gläubiger realisiren lässt. Es sind hienach von der Konkursmasse von vornherein ausgeschlossen die Rechte, die einen ausschliesslich familienrechtlichen Charakter haben, wie das Recht der väterlichen oder eheherrlichen Gewalt, soweit sich dasselbe auf die Personen der Kinder bezw. der Ehefrau bezieht. Ausserdem fallen auch diejenigen Rechte nicht in die Konkursmasse, die streng an die Person des Gemeinschuldners gebunden sind und deren zwangsweise Veräusserung schon aus diesem Gesichtspunkte unstatthaft ist. So ist es nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht gestattet, ein schriftstellerisches Erzeugniss, oder ein Werk der bildenden Kunst gegen den Willen des Urhebers zu veröffentlichen bezw. auf dem Weg der Zwangsvollstreckung zu veräussern. Das Recht, ein Schriftstück auf mechanischem Wege zu vervielfältigen (Urheberrecht), das nach § 1 des Reichsgesetzes vom 11. Juni 1870 dem Urheber ausschliesslich zusteht, hat zwar in der Regel einen Geldwerth und kann auch (nach § 3 cit. Ges.) durch Vertrag oder Verfügung von Todeswegen auf Andere übertragen werden. Aber die vermögensrechtliche Bedeutung dieses Rechtes ist doch eine nebensächliche und untergeordnete, die neben dem eigentlichen Zweck der schriftstellerischen Produktion zurücktreten muss. Darüber, ob ein solches Werk überhaupt in der Form, in der es vorliegt, veröffentlicht werden, und zu welcher Zeit die Veröffentlichung erfolgen soll, hat der Autor selbst zu entscheiden und dieses Recht kann gegen seinen Willen nicht von

seiner Person getrennt werden. Deshalb ist es nicht gestattet, das Urheberrecht auf dem Weg der Zwangsvollstreckung zu veräussern und ist auch der Konkursverwalter nicht berechtigt, dasselbe durch Abschluss eines Vertrags mit einem Verleger für die Masse zu verwerthen; ja er wird nicht einmal berechtigt sein, gegen den Willen des Autors eine neue Auflage zu veranlassen.[1]) Nur wenn unzweifelhaft feststeht, dass das Manuskript nach der Ansicht des Autors zur Veröffentlichung reif und zu derselben, bezw. zu einer neuen Veröffentlichung bestimmt ist, z. B. wenn der Gemeinschuldner dasselbe bereits einem Verleger angeboten oder die Veranstaltung einer neuen Auflage beschlossen hat, wird auch der Konkursverwalter zum Abschluss eines Verlagsvertrags berechtigt sein, da es sich dann lediglich um ein Vermögensobjekt handelt. Dass die aus einem vom Autor bezüglich der Veröffentlichung abgeschlossenen Vertrag hervorgehenden Vermögensrechte in die Konkursmasse fallen, versteht sich ebenso von selbst, wie das Recht des Konkursverwalters, bereits erworbene Entschädigungsansprüche wegen Verletzung des Urheberrechts, der Nachbildung eines Kunstwerks u. s. w. für die Masse geltend zu machen.

3.

Dass Gegenstände, welche sich lediglich im Besitze des Gemeinschuldners befinden, auf die derselbe aber keinen rechtlichen Anspruch hat, nicht zur Konkursmasse gezogen werden können, versteht sich von selbst und ist auch durch die Vorschriften der Konkurs-Ordnung über das Aussonderungsrecht, das den Eigenthümern solcher Gegenstände zusteht (§§ 35 ff.) ausdrücklich anerkannt. Auch der Ehefrau des Gemeinschuldners, welche nur bezüglich des Beweises (nach § 37) strenger behandelt wird, als andere Personen, steht ein solches Aussonderungsrecht zu. Fideikommissgüter, Stammgüter etc., bezüglich deren dem Gemeinschuldner das Recht der Veräusserung nicht zusteht, gehören der Substanz nach schon nach allgemeinen Grundsätzen nicht zur Konkursmasse. Vielmehr können sich die Gläubiger nur an die Erträgnisse aus den betreffenden Gütern halten. Durch § 5 Z. 1 des E.-G. wurden übrigens die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Lehen, Stammgüter und Familienfideikommisse betreffen, ausdrücklich aufrechterhalten und in § 45 K.-O. wurde bestimmt, dass die Befriedigung der Lehen-, Stammguts- oder Familienfideikommiss-Gläubiger aus dem Lehen, Stammgut oder Fideikommiss abgesondert nach den Vorschriften der Landesgesetze erfolgt. (V. Bem. zu diesen §§.)

Dingliche Rechte an einer fremden Sache gehören, soweit sie nicht (wie usus und habitatio an die Person des Gemeinschuldners gebunden sind, begriffs-

[1]) V. hiezu: Oskar Wächter, Autorrecht, § 16 S. 112 und ff.; Endemann Kommentar zum Ges. über das Urheberrecht § 3 Bem. IV. S. 14 ff.; Dambach Kommentar zu diesem Gesetz S. 36 ff.; Klostermann: Das geistige Eigenthum Bd. I. S. 315 ff., insbesondere S. 321 und 333, ferner von Völderndorff § 1 Bem. c. S. 51 ff. Auch in Frankreich wird die Zulässigkeit der Zwangsveräusserung des Urheberrechts in Rechtslehre und Rechtsprechung verneint. V. Rénouard, des droits d'auteurs Nr. 205—207 Bd. II S. 348 ff.; Gastambide, Contrefaçon Nr. 122 Seite 148 ff.; Rep. gen. zum Journal du Palais vo. Propriété littéraire Nr. 187 ff. und Suppl. ib. Nr. 54.

mässig zum Vermögen des Gemeinschuldners. Es fallen also die demselben zustehenden Nutzniessungsrechte in die Konkursmasse und zwar der Art, dass nicht bloss die Erträgnisse aus den der Nutzniessung unterworfenen Gütern einen Bestandtheil derselben bilden, sondern auch das Recht auf die Nutzniessung für deren Rechnung veräussert werden kann.[1]) Bezüglich des Niessbrauchs der dem Gemeinschuldner kraft Gesetzes am Vermögen seiner Ehefrau oder seiner Kinder zusteht, v. Bem. IV.

II.

Vermögen, das einer Zwangsvollstreckung unterliegt.

1.

Das Konkursverfahren ist zwar nach der Begründung des Entwurfs zur K.-O. nicht als eine besondere Form der Zwangsvollstreckung, überhaupt nicht als ein Prozess anzusehen, sondern „wird als eine unter richterlicher Autorität sich vollziehende Auseinandersetzung des seine Leistungen einstellenden Schuldners mit allen Gläubigern desselben“ bezeichnet, die unverkennbar eine gewisse Aehnlichkeit mit der Liquidation einer kaufmännischen Firma habe (M.: 10). In Gemässheit des oben (Bem. I. 2) aufgestellten Grundsatzes wurde aber das Verfahren doch auf das „einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners“ beschränkt. Auch liegt diese Beschränkung in der Natur der Sache, da es sich auch bei dem Konkursverfahren um eine Befriedigung der Gläubiger aus dem Vermögen des Schuldners handelt, und die Gründe, welche dafür sprechen, gewisse Gegenstände dem Zugriff einzelner Gläubiger zu entziehen, auch dann zutreffen, wenn es sich darum handelt, durch die Versilberung der vorhandenen Vermögensstücke allen persönlichen Gläubigern eine verhältnissmässige Befriedigung zu verschaffen. Während bezüglich der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen die Landesgesetzgebung massgebend ist (§ 757, C.-P.-O.), bezeichnet § 715 der C.-P.-O. die beweglichen Sachen und § 749 die Forderungen und anderen Vermögensrechte, welche nicht gepfändet werden dürfen, und sind die in diesen §§ angegebenen Gegenstände auch von der Konkursmasse ausgeschlossen. Die in den Nrn. 5 und 8 des § 715 und die in § 20 des Reichs-Post-Gesetzes enthaltenen Beschränkungen, welche darin ihren Grund haben, dass der Schuldner am Fortbetriebe seines Geschäfts nicht gehindert sein soll, kommen jedoch, da dieser Grund hier wegfällt, nach Abs. 3 des § 1 im Konkursverfahren nicht zur Anwendung.[2])

[1]) V. Schweppe: System des Konkurses § 37 S. 71 ff.; Schmidt: Handbuch des Civilprozesses Bd. III. S. 253 ff.; Bayer: Konkursprozess § 25 S. 71 ff.; Entscheid. des Obertribunals Stuttgart vom 26. April und 10. Okt. 1862 (Würtemb. Archiv Bd. VI. S. 317 und Seuffert's Archiv Bd. XV. Nr. 270 S. 452 ff.); Fuchs: K.-Pr. S. 12; von Sarwey § 1 Bem. 4, S. 12.

[2]) Die §§ 715 und 749 der C.-P.-O. lauten wie folgt: § 715:

„Folgende Sachen sind der Pfändung nicht unterworfen:

1. die Kleidungsstücke, die Betten, das Haus- und Küchengeräth, insbesondere die Heiz- und Kochöfen, soweit diese Gegenstände für den Schuldner, seine Familie und sein Gesinde unentbehrlich sind;

2.

Bezüglich der Erläuterung der §§ 715 und 749 muss auf die C.-P.-O. verwiesen werden. Es ist jedoch hier zu bemerken, dass durch die Vorschriften dieser §§ alle anderen Bestimmungen beseitigt werden, welche das Konkursverfahren bezw. die Konkursmasse in weitergehender Weise beschränken. Die Frage,

2. die für den Schuldner, seine Familie und sein Gesinde auf zwei Wochen erforderlichen Nahrungs- und Feuerungsmittel;
3. eine Milchkuh oder nach der Wahl des Schuldners statt einer solchen zwei Ziegen oder zwei Schafe nebst dem zum Unterhalt und zur Streu für dieselben auf zwei Wochen erforderlichen Futter und Stroh, sofern die bezeichneten Thiere für die Ernährung des Schuldners, seiner Familie und seines Gesindes unentbehrlich sind;
4. bei Künstlern, Handwerkern, Hand- und Fabrikarbeitern, sowie bei Hebammen die zur persönlichen Ausübung des Berufs unentbehrlichen Gegenstände;
5. bei Personen, welche Landwirthschaft betreiben, das zum Wirthschaftsbetriebe unentbehrliche Geräth, Vieh- und Feldinventarium nebst dem nöthigen Dünger, sowie die landwirthschaftlichen Erzeugnisse, welche zur Fortsetzung der Wirthschaft bis zur nächsten Ernte unentbehrlich sind;
6. bei Offizieren, Deckoffizieren, Beamten, Geistlichen, Lehrern an öffentlichen Unterrichtsanstalten, Rechtsanwälten, Notaren und Aerzten die zur Verwaltung des Dienstes oder Ausübung des Berufs erforderlichen Gegenstände, sowie anständige Kleidung;
7. bei Offizieren, Militärärzten, Deckoffizieren, Beamten, Geistlichen und Lehrern an öffentlicheu Unterrichtsanstalten ein Geldbetrag, welcher dem der Pfändung nicht unterworfenen Theile des Diensteinkommens oder der Pension für die Zeit von der Pfändung bis zum nächsten Termine der Gehalts- oder Pensionszahlung gleichkommt;
8. die zum Betriebe einer Apotheke unentbehrlichen Geräthe, Gefässe und Waaren;
9. Orden und Ehrenzeichen;
10. die Bücher, welche zum Gebrauche des Schuldners und seiner Familie in der Kirche oder Schule bestimmt sind.

§ 749:

Der Pfändung sind nicht unterworfen:

1. der Arbeits- oder Dienstlohn nach den Bestimmungen des Reichsgesetzes vom 21. Juni 1869 (Bundes-Gesetzbl. 1869 S. 242 und 1871 S. 63);
2. die auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden Alimentenforderungen;
3. die fortlaufenden Einkünfte, welche ein Schuldner aus Stiftungen oder sonst auf Grund der Fürsorge und Freigebigkeit eines Dritten bezieht, insoweit der Schuldner zur Bestreitung des nothdürftigen Unterhalts für sich, seine Ehefrau und seine noch unversorgten Kinder dieser Einkünfte bedarf;
4. die aus Kranken-, Hülfs- oder Sterbekassen, insbesondere aus Knappschaftskassen und Kassen der Knappschaftsvereine zu beziehenden Hebungen;
5. der Sold und die Invalidenpension der Unteroffiziere und der Soldaten;
6. das Diensteinkommen der Militärpersonen, welche zu einem mobilen Truppentheil oder zur Besatzung eines in Dienst gestellten Kriegsfahrzeuges gehören;

ob Zuwendungen, welche dem Gemeinschuldner von Dritten gemacht wurden, der Zwangsvollstreckung bezw. der Konkursmasse durch eine der Zuwendung beigefügte Zweckbestimmung entzogen werden können, ist nach § 749 Z. 3, C.-P.-O. zu beurtheilen. In den Motiven zu § 696 des Entw. zur C.-P.-O. (jetzt § 749) wurde (S. 574) bemerkt: „Inwieweit Bestimmungen Dritter eine Forderung der Pfändung entziehen können, wird lediglich davon abhängen, welche Rechte aus diesen Bestimmungen ein Dritter ausser dem Schuldner ableiten kann.“ [1]) Die Ausnahmebestimmung, welche § 749 Abs. 4 zu Gunsten der Ehefrau und der ehelichen Kinder des Schuldners bezw. der von ihnen zu beanspruchenden Alimente enthält, kommt natürlich der Konkursmasse nicht zu gut, vielmehr hat diese blos

7. die Pensionen der Wittwen und Waisen und die denselben aus Wittwen- und Waisenkassen zukommenden Bezüge, die Erziehungsgelder und die Studienstipendien, sowie die Pensionen invalider Arbeiter;
8. das Diensteinkommen der Offiziere, Militärärzte und Deckoffiziere, der Beamten, der Geistlichen und der Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten; die Pension dieser Personen nach deren Versetzung in einstweiligen oder dauernden Ruhestand, sowie der nach ihrem Tode den Hinterbliebenen zu gewährende Sterbe- oder Gnadengehalt.

Uebersteigen in den Fällen Nr. 7 und 8 das Diensteinkommen, die Pension oder die sonstigen Bezüge die Summe von fünfzehnhundert Mark für das Jahr, so ist der dritte Theil des Mehrbetrags der Pfändung unterworfen.

Der Gehalt und die Dienstbezüge der im Privatdienste dauernd angestellten Personen (§ 4 Nr. 4 des Reichsgesetzes vom 21. Juni 1869) sind nur soweit der Pfändung unterworfen, als der Gesammtbetrag die Summe von fünfzehnhundert Mark für das Jahr übersteigt.

In den Fällen der beiden vorhergehenden Absätze ist die Pfändung ohne Rücksicht auf den Betrag zulässig, wenn sie zur Befriedigung der Ehefrau und der ehelichen Kinder des Schuldners wegen solcher Alimente beantragt wird, welche für die Zeit nach Erhebung der Klage und für das diesem Zeitpunkte vorausgehende letzte Vierteljahr zu entrichten sind.

Die Einkünfte, welche zur Bestreitung eines Dienstaufwandes bestimmt sind, und der Servis der Offiziere, Militärärzte und Militärbeamten sind weder der Pfändung unterworfen noch bei der Ermittelung, ob und zu welchem Betrage ein Diensteinkommen der Pfändung unterliege, zu berechnen.

§ 20 des Reichs-Postgesetzes vom Jahr 1871 R.-G.-Bl. 1871 S. 357) sagt: „Das Inventarium der Posthalter darf im Wege des Arrestes oder der Exekution nicht mit Beschlag belegt werden.“

[1]) Bisher wurde meist angenommen, dass eine der Zuwendung beigefügte Zweckbestimmung das in Frage stehende Vermögen dem Angriff der Gläubiger unbedingt entziehe. V. Schweppe System § 39; Seuffert, Archiv Bd. 15 Nr. 270 S. 452 ff. Doch wurde auch erkannt, dass Ansprüche wegen der Alimention von Kindern nur von diesen nicht vom Vater selbst geltend gemacht werden können. (Seuffert Archiv Bd. III Nr. 338 S. 381). Prozessrechtliche Vorschriften über die Frage (z. B. die des Art. 581 C. de pr. c.) sind jedenfalls durch die Vorschrift der C.-P.-O. aufgehoben. Dagegen bestehen Meinungsverschiedenheiten darüber, wie weit die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts noch neben der Vorschrift des § 749 C.-P.-O. zur Anwendung kommen. V. z. B. Hullmann Bem. 5 zu § 1, welcher die Ansicht ausspricht, dass

auf dasjenige Vermögen Anspruch zu machen, das in allgemeiner Weise der Zwangsvollstreckung unterliegt. Bezüglich des im Allgemeinen dem Zugriff der Gläubiger entzogenen Betrags von 1500 M. bleiben die besonderen Rechte der Ehefrau und der Kinder ungeachtet des Konkursverfahrens in Kraft.

III.
Vermögen das dem Gemeinschuldner zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört.

1.
Allgemeiner Grundsatz. Rechtfertigung desselben.

Bezüglich der in den bestehenden Gesetzgebungen und der Theorie verschieden beantworteten Frage: ob von den Wirkungen des Konkursverfahrens nur das zur Zeit der Eröffnung (§ 100) vorhandene Vermögen des Gemeinschuldners betroffen wird, oder auch dasjenige Vermögen, welches er während des Verfahrens erwirbt, hat sich der Gesetzgeber im Gegensatz zu den Vorschriften der meisten deutschen und ausserdeutschen Gesetzgebungen, für die erste, beschränkende Ansicht entschieden. [1])

Nach den Motiven (S. 20 ff.) „führte hiezu zunächst vom juristischen Standpunkte aus die Erwägung, dass künftiges Vermögen, künftiger Erwerb und Verdienst rechtlich nicht in Beschlag genommen werden kann“. Der hiegegen erhobene Einwand: „dass auch bei der gerichtlichen Zwangsvollstreckung die während einer solchen vom Schuldner erworbenen Gegenstände auf Grund der Vollstreckbarkeit der Forderung des Gläubigers der Pfändung unterliegen“, wurde durch die Bemerkung bekämpft: „Die Analogie der Zwangsvollstreckung könne für das Konkursverfahren nicht als masgebend angesehen werden“. Entscheidend waren übrigens, wie in den Motiven hervorgehoben wurde, nicht diese juristischen Erwägungen, sondern „Grundsätze der Billigkeit und wirthschaftliche Rücksichten“. Diese Grundsätze wurden in den Motiven a. a. O. ausführlich dargelegt, und beruhen in der Hauptsache auf der Erwägung, dass es nothwendig sei, dem Gemeinschuldner die Möglichkeit neuen Erwerbs und den späteren Gläubigern die Geltendmachung ihrer Ansprüche auf diesen Erwerb zu sichern.

In der Reichstags-Kommission wurde die Vorschrift des Gesetzes, soweit sie sich auf den Erwerb durch die persönliche Thätigkeit des Gemeinschuldners

sich aus dem bürgerlichen Recht eine weitergehende Befreiung, als sie die C.-P.-O. gewährt, nicht ableiten lasse, während von Struckmann-Koch zu § 749 C.-P.-O. (Bem. 4 S. 624 ff.) bemerkt wird, dass die Bestimmungen des bürgerl. Rechts, wonach Zuwendungen in weiterem Masse für unangreifbar erklärt werden können, unberührt bleiben.

[1]) Nach gemeinem Recht war die Frage bestritten. Die meisten neueren Konkurs-Ordnungen, insbesondere das französ. Fallimentsgesetz vom J. 1838 (Art. 443), die pr. K.-O. (§ 1), die badische K.-O. (§ 728) und die bayerische Prozess-Ordnung (Art. 1208) unterscheiden nicht zwischen dem vor und dem nach der Konkurseröffnung erworbenen Vermögen.

bezieht, von keiner Seite angefochten. Wohl geschah dies aber bezüglich des übrigen Erwerbs. Demgemäss beantragte von Vahl, in § 1 hinter „gehört" einzuschalten: „und während der Dauer des Verfahrens erwirbt", dagegen als zweites Alinea einzuhalten: „Was der Gemeinschuldner während der Dauer des Verfahrens durch persönliche Thätigkeit erwirbt, gehört nicht zur Konkursmasse". Ausserdem stellte dieser Abg. bezüglich der Erbschaften, Vermächtnisse etc. einen besonderen Antrag auf Einschaltung eines § 7a, der weiter unten (Bem. III, 3) erörtert werden soll. Diese Anträge wurden aber bei der ersten Lesung abgelehnt, und ebenso erfolgte bei der zweiten Lesung die Ablehnung der Anträge, welche von Vahl und Wölfel bezüglich der dem Gemeinschuldner nach Eröffnung des Konkursverfahrens anerfallenen Erbschaften gestellt hatten. (K. 1—3 und 145 ff.)

2.

Bezüglich der Frage, ob die Zugehörigkeit zum Vermögen vor oder nach der Konkurseröffnung eintrat, sind die Vorschriften des bürgerlichen Rechts entscheidend; in den einzelnen Ländern können sich hienach erhebliche Verschiedenheiten ergeben. Es lassen sich jedoch gewisse allgemeine Grundsätze aufstellen, die allenthalben Geltung haben werden, und jedenfalls zur Anwendung kommen müssen, sofern eine entgegengesetzte Vorschrift nicht besteht.

Vor allem ist derjenige Erwerb, der auf einem vor der Konkurseröffnung bereits vorhandenen Rechtsgrunde beruht, auch dann zur Konkursmasse zu rechnen, wenn derselbe erst nach der Eröffnung des Verfahrens verwirklicht worden ist, da der Anspruch auf diesen Erwerb schon vorher begründet war, und einen Bestandtheil des Vermögens bildete, und es nur hierauf, nicht aber auf den Umstand ankommt, ob dies früher oder später festgestellt worden ist. Insbesondere sind alle diejenigen Gegenstände zur Konkursmasse zu rechnen, zu deren Erwerb der Gemeinschuldner schon vor der Konkurseröffnung ohne irgendwelche Gegenleistung berechtigt war.[1]) Hienach kann kein Zweifel darüber bestehen, dass die dem Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung zustehenden Forderungen auch dann in die Konkursmasse fallen, wenn sie betagt sind, und der Zeitpunkt der Fälligkeit erst nach der Eröffnung des Verfahrens eintritt, denn diese Forderungen bilden unzweifelhaft vom Augenblick ihrer Begründung an einen Bestandtheil des dem Gemeinschuldner gehörenden Vermögens. Ebenso sind aber auch bedingte Ansprüche des Gemeinschuldners, sofern dieselben schon vor der Konkurseröffnung entstanden sind, auch dann zur Konkursmasse zu ziehen, wenn die Bedingung erst nachher eingetreten bezw. weggefallen ist. Handelt es sich um eine Resolutiv-Bedingung, deren Nichteintritt erst nach der Konkurseröffnung festgestellt wurde, so ist es ebenso, als ob der Anspruch von vornherein ein unbedingter gewesen wäre. In gleicher Weise hat, wenn die Existenz des Anspruchs von einer Suspensivbedingung abhängig ist, der nach

[1]) V. hiezu Schweppe § 37 ff. S. 71 ff.; Schmidt Handbuch des Civilpr. Bd. III S. 253 ff.; Boscher das Ganterkenntniss und seine Wirkungen (Württemb. Archiv Bd. X S. 341 ff.); von Sarwey Bem. 1 zu § 1 S. 4 und 5; Fuchs: der deutsche Konkursprozess § 7 S. 43; Wengler § 1 Bem. 4 S. 61.

der Konkurseröffnung erfolgte Eintritt dieser Bedingung nach bekannten Grundsätzen die Wirkung, dass der bedingte Anspruch einem von vornherein unbedingten gleichsteht.

Wendet man diese Grundsätze folgerichtig an, so führen sie zum Ergebniss, dass auch Ansprüche des Gemeinschuldners auf den Bezug einer bestimmten Rente, oder von Alimenten, oder einer Pension, sofern diese Ansprüche nur unwiderruflich feststehen, und nicht von einer bestimmten Gelegenleistung abhängen, soweit sie überhaupt einer Zwangsvollstreckung unterliegen (v. § 749 C.-P.-O.), zur Konkursmasse zu ziehen sind. Ob dies in der Weise geschieht, dass nur die während der Dauer des Konkursverfahrens fällig werdenden Beträge in die Konkursmasse fallen, oder ob der Anspruch selbst für Rechnung der Konkursmasse veräussert werden darf, hängt davon ab, ob solche Ansprüche nach der bestehenden Gesetzgebung von der Person des Gemeinschuldners losgelöst werden können, oder ob bloss der Bezug der einzelnen Raten von den Rechtsinhabern desselben in Anspruch genommen werden kann. Anders liegt die Sache in Beziehung auf Gehalte von Beamten oder anderen Personen, welche für ihre Thätigkeit eine fest normirte und in bestimmten Zeiträumen zu bezahlende Vergütung erhalten. Derartige Forderungen bestehen überhaupt nur unter der Voraussetzung, dass eine bestimmte Thätigkeit erfolgt, und die Gegenleistung kann in der Regel nur verlangt werden, wenn die bedungene Leistung vorausgegangen ist oder wird doch nur mit Rücksicht auf diese gewährt. Es ist desshalb auch der Anspruch auf Bezahlung des Gehalts etc. erst dann begründet, wenn eine bestimmte Zeit abgelaufen ist und während derselben den Ansprüchen, von deren Erfüllung die Zahlung abhängt, genügt wurde. Bisher wurde desshalb meist zwischen Pensionen und Gehalten unterschieden. [1]) Auch können der Natur der Sache nach solche Gehaltsforderungen ebenso wie Forderungen von Privatbediensteten, Kommis u. s. w. nur insoweit zur Konkursmasse gezogen werden, als der Anspruch auf den Bezug bereits zur Zeit der Konkurseröffnung erworben war. [2])

Bezüglich der Behandlung der über die Dauer des Konkursverfahrens hinausreichenden Bezugsrechte ist § 150 zu vergleichen. Dass derjenige Erwerb,

[1]) Schmidt, Handbuch des C.-P. Bd. III S. 255; Entscheid. des Obertrib. Stuttgart v. 10. Okt. 1862 (Württ. Archiv Bd. VI S. 317 ff., Seuffert Archiv Bd. XV S. 452 ff.); Boscher im württemb. Archiv Bd. X S. 341 ff. insbes. S. 412 ff.

[2]) So auch von Sarwey § 1 Bem. 4 S. 9 ff. und von Wilmowski B. IV. S. 51. A. M. ist Hullmann, der (§ 1 Bem. 8 S. 50) auf die Vorschriften der §§ 733 und 734 C.-P.-O. verweist und die Ansicht aufstellt, was über die Wirkungen der Zwangsvollstreckung bestimmt sei, müsse auch bezüglich der Heranziehung zur Konkursmasse gelten. Dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden. Dass die Pfändung einer Gehaltsforderung sich auch auf die nach der Pfändung fällig werdenden Beträge erstreckt, hat in besonderen Erwägungen seinen Grund, da man nicht vorschreiben konnte, dass der monatlich oder vierteljährlich fällig werdende Gehalt immer von Neuem gepfändet werden müsse und dem zuerst pfändenden Gläubiger sein Pfandrecht wahren wollte (M. z. C.-P.-O. S. 572). Für die K.-O. gelten aber ganz andere Grundsätze. V. Bem. III 1.

der zufolge des Besitzes einer zur Konkursmasse gehörigen Sache eintritt, unter allen Umständen zur Konkursmasse gehört, versteht sich von selbst. Es fällt desshalb der Gewinn aus einem Lotterie- oder Prämienloos, das der Gemeinschuldner schon vor der Konkurseröffnung erworben hat, nicht ihm, sondern der Konkursmasse zu.

3.
Erbschaften und Vermächtnisse.

Dass Erbschaften und Vermächtnisse dann nicht in die Konkursmasse fallen, wenn der Erblasser nach Eröffnung des Konkursverfahrens gestorben ist, kann nicht zweifelhaft sein. Ebenso liegt die Sache, wenn der Erblasser vor der Konkurseröffnung starb, einfach bezüglich der Vermächtnisse, da hier zwischen Anfall und Erwerb nicht unterschieden wird, sondern im Augenblick des Todes des Erblassers das Vermächtniss für Vermächtnissnehmer erworben ist. Dagegen entstehen Schwierigkeiten bezüglich der Erbschaften, die vor Beginn des Konkursverfahrens eröffnet worden sind, da das bürgerliche Recht bezüglich des Erwerbs von Erbschaften verschiedenartige Vorschriften enthält, und auch innerhalb der Theorie und Rechtsprechung sehr abweichende Auffassungen bestehen. Unzweifelhaft müssen Erbschaften in dem zuletzt angenommenen Falle der Konkursmasse zufallen, wenn die Gesetzgebung, wie es nach dem preussischen Landrecht (I. 9 §§ 367, 368) und nach französischem Recht (Art. 724 C. c.) der Fall ist, von dem deutschrechtlichen Grundsatze ausgeht, dass die Erbschaft dem Erben von Rechtswegen zufalle, ohne dass es einer besonderen Erklärung derselben, oder eines Erbschaftsantritts bedürfe. Auch kann in diesem Falle die Erbschaft der Masse nicht etwa dadurch entzogen werden, dass der Erbe nach Eröffnung des Konkursverfahrens auf die Erbschaft oder auf das Vermächtniss verzichtet. Ein solcher Verzicht, der unzweifelhaft eine Verfügung über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen enthält, ist vielmehr nach § 5 als unwirksam anzusehen, und es steht nur dem Konkursverwalter das Recht zu, solche Erbschaften oder Vermächtnisse mit Zustimmung des Gläubigerausschusses bezw. der Gläubigerversammlung für die Masse aufzugeben. (§ 122 Z. 2.) Nur wenn der Verzicht von Seite des Gemeinschuldners schon vor der Konkurseröffnung erfolgte, hat auch in solchen Fällen die Konkursmasse, sofern die Entsagung nicht vom Konkursverwalter mit Erfolg angefochten wird (§§ 22 ff.), keinen Anspruch auf das betr. Vermögen.

Anders liegt die Sache nach gemeinem Recht, und den Gesetzgebungen, die sich demselben angeschlossen haben, da hier zwischen der Delation und dem Erwerb der Erbschaft unterschieden wird. Auch hier erwerben die sui heredes die ihnen deferirte Erbschaft sofort. Dagegen wird von den übrigen Erben die angefallene Erbschaft erst dadurch erworben, dass sie dieselbe antreten. Dass die betr. Erbschaften dann in die Konkursmasse fallen, wenn der Erbschaftsantritt vor Eröffnung des Konkursverfahrens erfolgt ist, versteht sich von selbst. Dagegen entstehen, wenn dies nicht geschehen ist, Zweifel darüber, ob die Befugniss die Erbschaft anzutreten, in diesem Falle dem Erben oder dem Konkursverwalter zusteht und ob, sofern die Antretung durch den Erben nach der Konkurs-

eröffnung erfolgte, die Erbschaft in die Konkursmasse fällt, oder dem Erben verbleibt.

Nach den Motiven (S. 21 und 22) wurde es bei Aufstellung des Entwurfs reiflich erwogen, ob nicht eine einheitliche Regelung dieser Fragen erfolgen könne. Man kam jedoch zum Ergebniss, dass dies, solange die verschiedenen erbrechtlichen Systeme bestehen, nicht durchführbar sei, man sich vielmehr einer besonderen Bestimmung enthalten müsse. Auch in der Reichstags-Kommission wurden mehrere Versuche gemacht, zu einer einheitlichen Regelung zu gelangen, und zweimal von den Abgg. von Vahl und Wölfel Anträge gestellt, nach welchen der Konkursverwalter befugt sein sollte, solche Erbschaften für die Masse zu erwerben, „über deren Annahme oder Entsagung der Gemeinschuldner sich vor der Eröffnung des Verfahrens noch nicht erklärt hat.“ Hiebei wurde mehrfach die Ansicht ausgesprochen, dass die deferirte Erbschaft bereits als Bestandtheil des Vermögens anzusehen sei. Die Mehrheit der Kommission konnte sich aber nicht entschliessen, die in das Erbrecht einschlagenden Fragen in der Konkursordnung zu erledigen, und lehnte die gestellten Anträge ab (K. 1—3 und 145 bis 147). Es sind deshalb die Fragen einfach nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts zu entscheiden.

Was nun zunächst die Frage anbelangt, ob im Falle des nach Eröffnung des Konkursverfahrens erfolgten Erbschaftsantritts durch den Gemeinschuldner die Erbschaft in die Konkursmasse fällt, so wird dieselbe auch nach gemeinem Recht zu bejahen sein. Ursprünglich stand wohl nach römischem Recht der Erbe, dem die Erbschaft deferirt, von dem sie aber noch nicht angetreten war, demjenigen gleich, dem eine Schenkung angeboten ist, der diese aber noch nicht angenommen hat. Diese Auffassung hat sich aber im Laufe der Zeit geändert, wie die Bestimmungen über die Transmission der Erbschaft deutlich erkennen lassen. Soweit diese Platz greift, steht dem Erben, auch wenn er die Erbschaft noch nicht angetreten hat, ein Recht auf die Erbschaft zu, das auf seine Erben übergeht und sonach einen Bestandtheil seines Vermögens bildet. Jedenfalls liegt der Rechtsgrund, zufolge dessen der Erwerb erfolgt, nicht in dem nach der Konkurseröffnung ausgesprochenen Willen des Erben, sondern im Gesetz oder im Willen des Erblassers. Es ist der Erwerb gewissermassen von der Bedingung abhängig gemacht, dass der Erbe die Erbschaft auch erwerben wolle und dies ausdrücklich erkläre. Der Eintritt dieser Bedingung muss aber hier wie in anderen Fällen die Wirkung haben, dass der Erwerb vom Augenblick der Delation datirt, d. h. es muss derselbe derart zurückwirken, als wenn der Antritt sofort nach erfolgter Delation geschehen wäre. Aber auch wenn diese Auffassung nicht als richtig anerkannt wird, muss doch zugegeben werden, dass der Erbe, der die Erbschaft antritt, vom Augenblick des Todes des Erblassers an als Erbe angesehen wird, der Erbschaftsantritt also ebenso wirkt, als wenn die Delation als bedingter Erbschaftserwerb aufgefasst wird. Das ganze Erbrecht ist durch den Grundsatz beherrscht, dass das Vermögen durch den Tod des Besitzers niemals herrenlos wird, und dessen Verpflichtungen nicht erlöschen, sondern zwischen den Rechten und Verpflichtungen des Erblassers und denen des Erben eine Kontinuität stattfindet, welche im

römischen Recht durch die Annahme der „hereditas jacens" aufrecht erhalten wird.[1]) Dieser Grundsatz, der in allen übrigen Richtungen seinen Einfluss äussert, muss auch hier durchschlagen und zur Annahme führen, dass der Gemeinschuldner, der nach der Konkurseröffnung eine ihm früher angefallene Erbschaft antritt, diese nicht für sich, sondern für die Konkursmasse erwirbt.[2])

Wird aber auch dieser Grundsatz als richtig anerkannt, so folgt daraus nicht, dass wenn der Erbe es unterlässt, die Erbschaft anzutreten, oder ausdrücklich auf den Erwerb verzichtet, nun der Konkursverwalter berechtigt ist, statt desselben die Erbschaft für die Konkursmasse zu erwerben. Selbst wenn man annimmt, dass das Recht, den Erwerb zu realisiren, der dem Gemeinschuldner kraft Gesetzes oder zufolge des Willens des Erblassers zugefallen ist, als Bestandtheil von dessen Vermögen anzusehen sei, so ist doch dieser Erwerb an die Bedingung geknüpft, dass der Erbe auch wirklich Erbe werden wolle, und diese Bedingung kann, sofern nicht besondere Vorschriften bestehen, welche den Erwerb auch anderen Personen z. B. den präsumtiven Rechtsnachfolgern oder Gläubigern des Erben gestatten, nur vom Erben selbst erfüllt werden. Das Recht über die Annahme bezw. Ablehnung der Erbschaft zu entscheiden, ist nach römischem Recht ein höchst persönliches Recht des Erben und wenn er ablehnt, ist es selbst bei dem suus heres so anzusehen, als ob er niemals Erbe gewesen wäre. Die Unterlassung des Erbschaftsantritts kann hier nicht als eine nach § 5 K.-O. nichtige Verfügung des Erben über die Konkursmasse angesehen werden. Vielmehr wird in diesem Falle die Erbschaft den übrigen Erben zufallen und nur dann für die Konkursmasse etwas zu erlangen sein, wenn nachgewiesen werden kann, dass die Erbschaft in Wirklichkeit vom Gemeinschuldner angenommen wurde, aber zwischen den Erben ein betrügerisches Abkommen besteht, vermittelst dessen der Erbtheil des Gemeinschuldners diesem erhalten und der Konkursmasse entzogen werden soll.[1]) Bezüglich der Frage, ob ein

[1]) V. Savigny, System Bd. II § 102 S. 363 ff. und Bd. III § 120 S. 152; Sintenis, prakt. Civilrecht Bd. I § 20 S. 165 (Anm. 10) und Bd. III S. 499; Windscheid, Pandekten § 531 Bd. III S. 13; Arndts § 521 S. 735 ff).

[2]) Von diesem Gesichtspunkte aus hat auch das Tribunal in Celle (Tribunalsentscheid. Bd. VI Nr. 207 S. 374) am 12. Mai 1863 erkannt, dass eine vor Eröffnung des Konkurses deferirte und während des Verfahrens vom Gemeinschuldner angetretene Erbschaft in die Konkursmasse falle, weil zwar die Delation noch nicht den wirklichen Erwerb vermittele, aber der Zeitpunkt der geschehenen Antretung auf den Zeitpunkt der Delation gesetzlich zurückgezogen werde. Boscher a. a. O. württ. Archiv Bd. 10 S. 413) macht zwar unter Bezugnahme auf eine Entscheid. des Gerichtshofs in Ulm geltend, es müsse der Zeitpunkt der Acceptation entscheiden, da sich die Wirkungen der Rückziehung des Erbschaftserwerbs auf die Zeit des Todes des Erblassers nur auf das Verhältniss des Erben zu dem auf ihn übergegangenen Aktiv- und Passivvermögen erstreckten. Für eine derartige Unterscheiduug fehlt aber jeglicher Grund. Die Entscheidung des Tribunals Celle billigt Hullmann § 1 Bem. 9 S. 51. A. M. sind dag. von Sarwey (§ 1 Bem. 3 S. 8 ff.), von Völderndroff § 1 Bem. 6 S. 71, und Wengler (S. 60 u. 61 Anm. 6.)

Verzicht des Erben auf die Erbschaft der Anfechtung unterliegt, v. man Bem. I. 4 zu § 22.

4.

Rechtliche Wirkungen des aufgestellten Grundsatzes.

Da in die Konkursmasse nach § 1 nur das zur Zeit der Konkurseröffnung vorhandene Vermögen des Gemeinschuldners fällt, die Konkursgläubiger sich also, solange das Verfahren dauert, nur an die Konkursmasse zu halten haben (v. Bem. zu § 11), andererseits aber auch nur diejenigen Gläubiger an dem Konkursverfahren theilnehmen können, „welche einen zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründeten Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner haben" (§ 2), so regeln sich die Ansprüche der früheren und späteren Gläubiger in einfacher Weise.

Während die Konkursmasse lediglich zur Befriedigung der „Konkursgläubiger" dient (v. Bem. IV. zu § 2), haben, solange das Konkursverfahren nicht beendigt ist, die Gläubiger, deren Ansprüche erst nach der Konkurseröffnung entstanden sind, einen ausschliesslichen Anspruch auf das Vermögen, das der Gemeinschuldner nach Eröffnung des Konkurses erworben hat, bezw. das ihm durch Erbschaft etc. zugefallen und von der Konkursmasse ausgeschlossen ist. Sie können ihren Schuldner in der gesetzlich zulässigen Weise (v. jedoch § 11) zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten anhalten, und wenn er seinen Verpflichtungen nicht nachkommt, eine neue Konkurserklärung veranlassen. An diesem zweiten Konkurs nehmen dann blos diejenigen Gläubiger Theil, welche an dem früheren Konkurse nicht schon mit denselben Forderungen betheiligt und doch nach § 2 bezüglich der zweiten Konkursmasse als „Konkursgläubiger" anzusehen sind. Ebenso ist es zu halten, wenn es zu einem weiteren Konkurse kommen sollte. Ist dagegen das anhängige Konkursverfahren aufgehoben worden (§§ 151 und 188 ff.), so behalten die Konkursgläubiger bezüglich desjenigen Theils ihrer Forderungen, für den sie nicht befriedigt wurden, falls sie nicht darauf verzichtet haben, oder ein Zwangsvergleich (§§ 160 ff.) stattgefunden hat, ihre Rechte als Gläubiger. Sollte es nach Aufhebung des ersten zu einem zweiten Konkurse kommen, so würde also zwischen diesen und den späteren Gläubigern kein Unterschied bestehen, sondern sie würden alle als Konkursgläubiger anzusehen sein.

[1]) Das R.-O.-H.-G. hat allerdings durch Erkenntniss vom 23. Okt. 1874 (Entscheid. Bd. 14 Nr. 111, S. 345 ff.), in welchem auch der Satz aufgestellt wurde, dass der blosse Anfall der Erbschaft ein zum Vermögen des Erben gehöriges Recht (das jus succedendi) begründe, erkannt, dass nach preuss. Recht, auch soweit es sich nicht um den Geltungsbereich des pr. Landrechts handle, der Konkursverwalter bezw. die Gläubigerschaft befugt sei, eine dem Gemeinschuldner deferirte Erbschaft für ihn anzunehmen. Diese Entscheidung stützte sich aber auf die positiven Vorschriften der pr. K.-O. und ging davon aus, dass diese von vornherein nicht bloss für das Gebiet des pr. Landr. bestimmt gewesen sei, und nicht die Absicht bestanden habe, in den einzelnen Provinzen einen verschiedenen Rechtszustand herbeizuführen.

IV.

Besondere Bestimmungen bezüglich des gesetzlichen Niessbrauchs am Vermögen der Ehefrau oder der Kinder.

(Abs. 2 des §.)

1.

Dass der dem Gemeinschuldner zustehende Niessbrauch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen in die Konkursmasse fällt, wurde bereits früher (Bem. I. 3) bemerkt. Bezüglich des gesetzlichen Niessbrauchs, der dem Gemeinschuldner am Vermögen seiner Ehefrau bezw. Kinder zusteht, enthält jedoch das bürgerliche Recht häufig die Bestimmung, dass die Gläubiger auf solche Nutzungen keinen Anspruch haben, dieselben vielmehr von der Konkursmasse ausgeschlossen sein sollen. Auch wurde die Ausschliessung hie und da aus der Natur dieses Nutzungsrechts, das ebensowohl im Interesse der Kinder als in dem des überlebenden Ehegatten seinen Grund habe, abgeleitet.[1]) Desshalb bestimmt die K.-O., die in dieser Beziehung, soweit es sich um das materielle Konkursrecht handelt, einheitliches Recht schaffen will, dass auch ein derartiger Niessbrauch in die Konkursmasse fällt, und beseitigt dadurch alle entgegenstehenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts. In den Motiven (22 und 23) wurde in dieser Beziehung gesagt: „Die Nutzungen können den Gläubigern nicht entzogen werden; sie sind ein Gegenstand der Zwangsvollstreckung und daher des Konkursverfahrens. Auch die Verwaltung der Niessbrauchgüter unterliegt demselben. Man kann nicht zugeben, dass die Ausübung des Niessbrauchsrechts von der Person des Gemeinschuldners untrennbar sei. Die Ausübung kann durch den Verwalter erfolgen und muss es, wenn nicht das Recht der Gläubiger auf die Nutzungen illusorisch gemacht werden soll". Auch wurde ein Antrag von Hullmann, nach welchem das bürgerliche Recht darüber entscheiden sollte, ob ein Niessbrauch der fraglichen Art zur Konkursmasse gehöre, in der Reichstags-Kommission abgelehnt, nachdem Reg.-Kommissär Hagens bemerkt hatte: „dass die Frage, welche Bestandtheile des Vermögens des Gemeinschuldners zur Masse gezogen werden, nicht den einzelnen Civilrechten überlassen werden dürfe, sondern in der Konkurs-Ordnung entschieden werden müsse", und auch von Goldschmidt hervorgehoben worden war; „dass die K.-O. diejenigen Landesgesetze beseitige, „welche zwar den Niessbrauch als nach der Konkurseröffnung fortbestehend behandeln, jedoch denselben nicht zur Befriedigung der Gläubiger dienen lassen".

Dass die Vorschrift des § nur dann zur Anwendung kommen kann, wenn der Niessbrauch am Vermögen der Ehefrau oder der Kinder ungeachtet des Konkurses fortbesteht, die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, welche denselben mit der Konkurseröffnung erlöschen lassen, also in Kraft bleiben, ist schon nach dem Wortlaut des Gesetzes („welcher nach den Landesgesetzen zusteht") unzweifelhaft. Es wurde dies aber auch in den Motiven (23) hervorgehoben und bei den Kommissionsverhandlungen (4 und 5) mehrfach anerkannt.

[1]) V. z. B. Seuffert, Archiv Bd. III Nr. 330 S. 375.

2.

Da das in Frage stehende Niessbrauchsrecht zum Vermögen des Gemeinschuldners gehört, und die Verwaltung dieses Vermögens nach § 5 dem Konkursverwalter zusteht, folgt schon hieraus, dass das Niessbrauchsrecht wie auch in den Motiven (V. Bem. 1) hervorgehoben wurde, durch den Konkursverwalter ausgeübt wird und dieser die Güter, die dem Niessbrauch unterworfen sind, ebenso wie diejenigen, welche im Eigenthum des Gemeinschuldners stehen, in Besitz zu nehmen und zu verwalten hat. Dies wurde auch in der Reichstags-Kommission von Reg.-Kommissär Hagens als selbstverständlich bezeichnet (K.: 5), und tritt nach der von der Kommission gewählten Fassung noch schärfer als nach der des Entwurfs hervor, da nun gesagt ist, dass der Gemeinschuldner „aus den Nutzungen die Mittel beanspruchen kann, welche zu seinem angemessenen Unterhalt etc. erforderlich sind.“ Der Gemeinschuldner muss sich daher wegen des von ihm zu beanspruchenden Unterhalts an den Konkursverwalter wenden, und kann keineswegs selbst die Nutzungen beziehen.

Zu Zweifeln gibt dagegen die Frage Veranlassung, ob bloss diejenigen Nutzungen in die Konkursmasse fallen, welche während der Dauer des Konkursverfahrens bezogen werden, bezw. bezogen werden können, oder ob die Ausübung des Niessbrauchs für die ganze Dauer desselben, also bis zum Tod des Gemeinschuldners bezw. der aus anderen Gründen erfolgenden Beendigung zu Gunsten der Konkursmasse veräussert werden kann. Für die letztere Auffassung spricht die Natur der Sache, da der Niessbrauch ein dingliches Recht an einer fremden Sache ist, das als solches einen selbständigen Vermögenswerth hat, und dessen Veräusserung, soweit sie überhaupt gestattet ist, an sich auch dem Konkursverwalter zustehen muss. Dagegen scheint die Absicht des Gesetzgebers eine andere gewesen zu sein. In § 93 der pr. K.-O. war nämlich ausdrücklich gesagt: „Das dem Niessbrauch des Gemeinschuldners unterworfene Vermögen seiner Ehefrau wird, solange das Niessbrauchsrecht des Gemeinschuldners während des Konkurses dauert, für Rechnung der Konkursmasse verwaltet; die Nutzungen fliessen zur Konkursmasse, soweit sie nicht zum standesgemässen Unterhalt der Frau und der Kinder, sowie zur Erziehung der letzteren verwendet werden müssen.“ Auch war es unter der Herrschaft dieses Gesetzes unzweifelhaft, dass die Nutzungen aus dem Vermögen der Ehefrau nur während der Dauer des Konkurses in die Konkursmasse fliessen. [1]) Endlich wurde in den Motiven (23) diese Vorschrift der pr. K.-O. ausdrücklich als Quelle für die Bestimmungen des Abs. 2 bezeichnet und nach Mittheilung derselben bemerkt: „Der Entwurf schlägt ein Gleiches vor für alle Arten eines gesetzlichen Niessbrauchs des Gemeinschuldners.“ Da diese Absicht des Gesetzgebers im Gesetz selbst einen, wenn auch nicht ganz deutlichen, Ausdruck gefunden hat („während der Dauer des Verfahrens“), so wird Abs. 2 des § in derselben Weise, wie § 93 der pr. K.-O. auszulegen sein. Der Gesetzgeber, der einer verschiedenartigen Auffassung gegenüberstand, und wie es scheint zunächst die Ansicht im Auge

[1]) V. Goltdammer, Kommentar zur pr. K.-O. § 93 S. 240 ff.; Wentzel und Klose ib. S. 204 ff.; Hahn ib. S. 59 Anm. 63.

hatte, dass das am Vermögen der Ehefrau oder der Kinder bestehende Niessbrauchsrecht gar nicht zur Konkursmasse gehöre, wollte offenbar nur die während des Konkursverfahrens fällig werdenden Erträgnisse der Masse zuweisen und dieser Wille ist entscheidend. [1])

3.

Bezüglich der Leistungen, welche der Gemeinschuldner aus den Nutzungen des in Frage stehenden Vermögens beanspruchen kann, wurde in den Motiven (S. 23 und 24) bemerkt: „Es fragt sich noch, in welchem Umfang der Niessbrauch für die Konkursmasse bestehen soll. Mit dem Genuss, welchen das Gesetz dem Ehemanne am Vermögen seiner Ehefrau und den Eltern am Vermögen ihrer Kinder verleiht, verbindet das Gesetz zugleich Kosten und Lasten, welche von jenen untrennbar sind. Von den Nutzungen der dos sind die Kosten der Ehe und der Erziehung für die ehelichen Kinder der Frau zu bestreiten und der Niessbrauch am peculium dient vor Allem dazu, die Kinder, denen das peculium gehört, zu erhalten und zu erziehen. Schon nach bürgerlichem Rechte vermindern also die Niessbrauchslasten und Kosten das Nutzungsrecht des Gemeinschuldners. Nur den Reinertrag der Nutzungen könnte das Gesetz zur Konkursmasse ziehen. Diesen Reinertrag aber, ohne Rücksicht auf den Gemeinschuldner, lediglich zur Befriedigung der Gläubiger zu verwenden, würde der Billigkeit nicht entsprechen. Der Billigkeit entspricht, dass der Niessbrauch des seines ganzen Vermögens entsetzten Gemeinschuldners an dem Gute eines seiner Angehörigen vorab zur Bestreitung des ihm gesetzlichen Unterhalts seiner anderen nächsten Angehörigen, sowie seines eigenen Unterhalts diene. Aus den während der Dauer des Konkurses erworbenen Nutzungen gesteht sonach der Entwurf dem Gemeinschuldner einen Rechtsanspruch auf eine angemessene Kompetenz zu."

Nach diesen mit dem Wortlaut des Gesetzes vollkommen übereinstimmenden Ausführungen fallen also die Nutzungen aus dem Vermögen, welches dem Niessbrauch des Gemeinschuldners unterworfen ist, bloss insoweit in die Konkursmasse, als sie nicht zum Unterhalt des Gemeinschuldners sowie der Ehefrau und der Kinder erforderlich sind, deren Unterhalt zu bestreiten er gesetzlich verpflichtet ist, und kommt es nicht darauf an, ob die letzteren Personen an sich ein Recht auf die Nutzungen aus dem in Frage stehenden Vermögen haben.

Wenn der Niessbrauch am Vermögen eines Kindes erster Ehe in Frage steht, ist demnach aus demselben auch der Unterhalt der zweiten Ehefrau und der Kinder zweiter Ehe, sowie der etwa vorhandenen alimentationsbedürftigen Eltern zu bestreiten u. s. w. Dass es sich hier nicht um eine vom Belieben des Konkursverwalters bezw. der Konkursgläubiger abhängende Unterstützung, sondern um einen „Rechtsanspruch" handelt, geht aus dem Wortlaut des Gesetzes wie aus den Motiven hervor. Auch bemerkte Reg.-Komm. Hagens in der Konkurs-Kommission (5): „auf die bestehende Fassung sei Gewicht zu legen, weil daraus hervorgehe, dass der Schuldner, soweit der Niessbrauch nicht zur Masse gehöre, einen

[1]) V. von Völderndorff § 1 Bem. II e. S. 80 ff. A. M. ist von Sarwey § 1 Bem. 12 und 13.

klagbaren Anspruch auf dessen Ausantwortung gegen den Verwalter habe, im Gegensatz zu der etwa nach §§ 118 bezw. 120 zugebilligten Kompetenz, auf deren Gewährung dem Schuldner ein klagbarer Anspruch nicht zustehe." Ueber die Höhe der vom Gemeinschuldner nach § 1 zu beanspruchenden Beträge hat demnach nicht, wie über den Betrag der Unterstützung, die demselben bewilligt werden soll, die Gläubigerversammlung zu entscheiden, sondern es kann der Gemeinschuldner, wenn er sich mit dem Konkursverwalter über den zu beanspruchenden Betrag nicht einigen kann, seinen Anspruch durch das Gericht feststellen lassen.

Wenn der Niessbrauch des Ehemannes am Vermögen der Ehefrau nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar auf dem Gesetze beruht, dem sich die Ehegatten durch Ehevertrag unterworfen haben, so wird die Vorschrift des § 1 Ab. 2 dessenungeachtet zur Anwendung kommen müssen, weil ein solcher Niessbrauch immerhin in dem Gesetze seinen Grund hat. Dagegen kann die Vorschrift des § nicht zur Anwendung kommen, wenn der Niessbrauch gar nicht im Gesetze, sondern nur in einer vertragsmässigen oder letztwilligen Verfügung seinen Grund hat, welche mit dem ehelichen Güterrecht in keinem Zusammenhang steht. Hat z. B. die Ehefrau durch Ehevertrag oder Testament bestimmt, dass nach ihrem Tode dem Ehemanne die Nutzniessung an einem Theile des Vermögens zustehen solle, das dem Eigenthum nach ihren Kindern oder sonstigen Verwandten zufällt, so hat der Gemeinschuldner, wenn er nach dem Tod der Ehefrau in Konkurs geräth, keinen Anspruch auf eine Kompetenz, wie sie § 1 Abs. 2 bewilligt, und ebensowenig steht ein solcher Anspruch den Kindern zu. Die Verwendung der Nutzungen ist vielmehr nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen. Nur wenn dem Ehemann die Verpflichtung auferlegt worden sein sollte, aus den Nutzungen den Unterhalt bezw. die Erziehung der Kinder zu bestreiten, würde die Ausgabe hiefür zunächst aus den Nutzungen zu bestreiten, und nur der Ueberschuss in die Konkursmasse zu ziehen sein (Bem. II. 2.) [1])

§ 2.

Die Konkursmasse dient zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller persönlichen Gläubiger, welche einen zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründeten Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner haben (Konkursgläubiger).

(E.: § 2. M.: 25 ff. K.: 8. pr. K.-O. § 2.)

I.
Allgemeine Bemerkungen.

1.
Zweck des Konkursverfahrens. Konkursanspruch.

Nachdem in § 1 die Frage, inwieweit das Vermögen des Gemeinschuldners vom Konkursverfahren erfasst wird, geregelt und so das Objekt dieses Verfahrens

[1]) V. hiezu Hullmann § 1 Bem. 5 und 19 S. 49 und 59.

(die Konkursmasse) bestimmt worden ist, wird durch § 2 der Zweck des Konkursverfahrens im Allgemeinen angegeben. Aus den hier aufgestellten Grundsätzen ist einmal zu entnehmen, welche Stellung den zum Konkursverfahren zugelassenen Gläubigern dem Gemeinschuldner selbst bezw. der Konkursmasse gegenüber zukommt, und in welchem Rechtsverhältnisse sie unter einander stehen. Sodann werden aber auch die Voraussetzungen geregelt, welche vorhanden sein müssen, damit Jemand als „Konkursgläubiger" anzusehen ist, also Anspruch auf Befriedigung aus der Konkursmasse hat.

Der Zweck des Konkursverfahrens wird im § durch die Vorschrift bestimmt, dass die Konkursmasse zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Konkursgläubiger dient. In Beziehung auf die Art und Weise, in welcher diese Befriedigung zu erfolgen hat und auf den Inhalt des diesen Gläubigern zustehenden „Konkursanspruchs" wurde in den Motiven (S. 14 und 15) bemerkt: „Wenn ein Schuldner sich ausser Stande erweist, alle seine Gläubiger vollständig zu befriedigen, so muss das Gesetz die Gläubiger davor schützen, dass die Befriedigung, die ein Jeder zu fordern hat, nicht beeinträchtigt werde durch eine Verschleuderung des Vermögens Seitens des Schuldners, durch den Hinzutritt neuer Schulden, durch das Vorgreifen oder die Begünstigung einzelner Gläubiger. Das Zahlungsunvermögen des Schuldners und die Kollision der gegen ihn bestehenden Forderungen erzeugt für jeden Gläubiger den rechtlichen Anspruch, dass nunmehr das gesammte Vermögen zur gesetzlich geregelten Vertheilung unter die sämmtlichen vorhandenen Gläubiger und nur unter sie verwendet werde. Dieser Anspruch, allen Gläubigern gemeinsam und den Konkurs begründend, soll durch die Eröffnung und Durchführung des Verfahrens verwirklicht werden; man kann ihn, zur Unterscheidung von dem objektiven Konkursrecht, den Konkursanspruch nennen.

2.
Rechtliche Stellung der Konkursgläubiger zur Konkursmasse.

Das Rechtsverhältniss, in dem die Konkursgläubiger zum Gemeinschuldner stehen, wurde in der Theorie in sehr verschiedener Weise aufgefasst. Während in früherer Zeit vielfach ein Eigenthumsübergang auf die Gläubiger behauptet wurde, war in neuerer Zeit, in welcher diese Auffassung fast allgemein aufgegeben wurde, die Annahme ziemlich verbreitet, dass den Gläubigern kraft der Konkurseröffnung und der in ihr enthaltenen Beschlagnahme am Vermögen des Gemeinschuldners ein Pfandrecht zustehe. Der Gesetzgeber hat sich aber aus den in den Motiven (S. 15 und 16) ausführlich dargelegten Gründen weder der einen noch der anderen Annahme angeschlossen. (V. noch Bem. I. zu § 5.) Man wird, heisst es dort (S. 16) „so wenig eine Succession der Gläubiger in die Rechte des Schuldners, als ein dingliches Recht derselben an seinem Vermögen anerkennen dürfen. In das Konkursverfahren treten nur die persönlichen Gläubiger des Schuldners, und diese haben nichts als Befriedigung aus seinem Vermögen zu fordern. Legislativ genügt es vollkommen, den Inhalt des Konkursanspruchs dahin zu normiren: „Die Konkursmasse dient zur ausschliesslichen und zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Konkursgläubiger."" Der

Anspruch auf gemeinschaftliche Befriedigung ist in § 2 ausdrücklich hervorgehoben. Die Ausschliesslichkeit des Anspruchs ergibt sich aus der Beschränkung auf diejenigen Gläubiger, welche einen „zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründeten" Anspruch haben.

3.
Gemeinschaft zwischen den Konkursgläubigern. Rechtliche Natur derselben.

Aus dem Recht der Konkursgläubiger auf gemeinschaftliche Befriedigung hat man vielfach die Nothwendigkeit abgeleitet, die Gesammtheit der Gläubiger als eine juristische Person zu betrachten. Auch diese Annahme, die in den Motiven (S. 17 ff.) als „ein rein theoretisches Gebilde" und als „praktisch werthlos, juristisch nicht haltbar" bezeichnet wird, wurde bei Aufstellung der K.-O. verworfen. Eine Personeneinheit zwischen den Gläubigern wird nicht angenommen und desshalb auch der Ausdruck „Gläubigerschaft" aufgegeben. „Die einzelnen Gläubiger bleiben die Rechtssubjekte, mit ihrem eigenen Rechte. Sie bilden auch nicht unter sich eine Gesellschaft. Niemand darf präkludirt werden. Sie dürfen daher nicht einen contrat d'union schliessen und sie bedürfen nicht eines solchen. Wohl treten die Gläubiger kraft des Gesetzes in eine Gemeinschaft (communio incidens), in eine zufällige, denn wenn auch die Theilnahme am Verfahren dem Belieben eines Jeden überlassen ist, so entsteht doch unabhänigg vom Willen des Einzelnen — durch die Existenz der anderen Forderungen und das Zahlungsunvermögen des Schuldners — unter ihnen die rechtliche Gemeinschaft." Die rechtlichen Folgerungen aus dieser Gemeinschaft, die in den Motiven (S. 18) auseinandergesetzt werden, äussern sich besonders in den Vorschriften der §§ 160 ff. über den Zwangsvergleich.

4.
Konkursgläubiger.

Als Konkursgläubiger werden in der K.-O. abweichend vom bisher vielfach üblichen Sprachgebrauch, nicht bloss diejenigen Gläubiger, welche ihre Forderungen im Konkurse angemeldet und am Konkursverfahren theilgenommen haben, sondern alle Gläubiger bezeichnet, „welche in die Konkursgemeinschaft eintreten und befugt sind, an dem Konkursverfahren Theil zu nehmen, ohne Rücksicht darauf, ob sie sich thatsächlich an dem Verfahren betheiligen oder nicht" (M.: 26).

Nach § 2 gehören zu diesen Personen nur solche Gläubiger, welche:

1) als persönliche Gläubiger anzusehen sind;

2) einen Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner haben;

3) deren Anspruch zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründet ist.

Als weitere Voraussetzung ergibt sich aus § 56, dass die Forderung auf einem onerosen Rechtstitel beruhen muss, da nach Z. 4 dieses § Forderungen aus einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners unter Lebenden oder von Todeswegen im Konkursverfahren nicht geltend gemacht werden können.

Vergl. hierüber die Bem. zu § 56. Im Uebrigen sollen die nothwendigen Eigenschaften einer Konkursforderung hier erörtert werden.

II.

Persönliche Gläubiger.

Als persönliche Gläubiger des Gemeinschuldners sind, wie der in der Reichstags-Kommission (K.: 8) ohne Erfolg bemängelte Ausdruck selbst klar erkennen lässt, aber auch in den Motiven (25) ausdrücklich hervorgehoben wurde, diejenigen Gläubiger anzusehen, „die, ohne dingliche Macht über einzelne Sachen, sich an die Person ihres Schuldners und dessen Vermögen halten müssen". Nur diejenigen Gläubiger, die ihre Befriedigung aus dem Gesammtvermögen des Gemeinschuldners suchen, welches wie der Code civil (in Art. 2093) sich ausdrückt, das gemeinschaftliche Unterpfand der Gläubiger bildet, sind also zu den Konkursgläubigern zu rechnen. Dagegen sind vom Konkursverfahren nicht bloss diejenigen Personen ausgeschlossen, welche lediglich die Aussonderung eines dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstandes aus der Konkursmasse beanspruchen (§§ 35 ff.), sondern auch die Gläubiger, welche auf Grund eines dinglichen oder sonstigen Rechts auf bestimmte zur Konkursmasse gehörige Gegenstände aus diesen abgesonderte Befriedigung suchen (§§ 39 ff.), soweit es sich um diesen „Absonderungsanspruch" handelt. Sofern und soweit dieser Anspruch den betr. Gläubigern keine volle Befriedigung verschafft, können aber auch Absonderungsberechtigte noch als Konkursgläubiger auftreten (§ 57).

Dass die Konkursforderung eine obligatorische oder Schuldforderung sein muss, ergibt sich schon aus der hier dargelegten Auffassung, wird aber vollständig klar durch die späteren Erörterungen. (V. Bem. III. 1—3.)

III.

Vermögensanspruch gegen den Gemeinschuldner.

1.

Allgemeine Bemerkungen.

Da es sich bei dem Konkursverfahren, das in den Motiven (25) als „ein allgemeines Verfahren zur Versilberung des Vermögens des Schuldners und zur Bezahlung seiner Schulden" bezeichnet wird, lediglich um Befriedigung der Gläubiger aus dem Vermögen des Gemeinschuldners (der Konkursmasse) handelt, können in demselben natürlich nur solche Ansprüche in Betracht kommen, deren Befriedigung aus diesem Vermögen überhaupt erfolgen kann. Damit diese Voraussetzung vorliege, muss aber „die Forderung auf Geld gerichtet oder in eine Geldforderung verwandelt sein, oder wenigstens in Geld geschätzt und verwandelt werden können". (M.: 25.) Wo ein solcher Anspruch gar nicht in Frage steht, liegt auch keine Konkursforderung vor. Wird dagegen eine Forderung geltend gemacht, die diesen Voraussetzungen entspricht, so kann es im Uebrigen, wie auch in den Motiven (a. a. O.) betont wurde, weder auf den Inhalt noch auf den Rechtsgrund der Obligation ankommen. „Wesshalb ein Unterschied darin gemacht werden sollte, ob das Schuldverhältniss durch einen Rechtszustand oder durch ein Rechtsgeschäft oder durch eine Rechtsverletzung begründet worden, ist nicht erfindlich." (M.: 25.)

2.

Ansprüche von familienrechtlicher Natur.

Dass solche Ansprüche, welche ihrem Inhalte nach gar nicht auf das Vermögen gerichtet sind, und weder dessen Vermehrung noch dessen Erhaltung bezwecken, sondern lediglich die Anerkennung oder Nichtanerkennung eines familienrechtlichen Verhältnisses (z. B. der Vaterschaft oder Kindschaft, der elterlichen Gewalt, des Bestehens einer Ehe u. s. w.) zum Gegenstande haben, nicht im Konkursverfahren geltend gemacht werden können, ist selbstverständlich. Auch wenn die Geltendmachung eines derartigen Anspruchs, wie es bei der Klage auf Ehescheidung und in noch höherem Maasse bei der Klage auf Gütertrennung oder auf Verlustigerklärung der väterlichen oder eheherrlichen Gewalt, oder der Verwaltungsbefugnisse des Ehemanns, des elterlichen oder eheherrlichen Nutzniessungsrechtes u. s. w. der Fall ist, das Vermögen des Gemeinschuldners unmittelbar berührt, sind derartige Ansprüche immerhin persönlicher Natur und nicht als Schuldforderungen anzusehen, folglich nicht im Konkursverfahren, sondern im Weg der Klage gegen den Gemeinschuldner geltend zu machen.

Handelt es sich um einen wirklichen Vermögensanspruch, d. h. um eine Forderung an Geld oder Geldeswerth gegen den Gemeinschuldner, z. B. einen Anspruch auf Gewährung von Unterhalt, so kann derselbe dagegen auch dann im Konkursverfahren geltend gemacht werden, wenn er in einem familienrechtlichen Verhältniss (der Vaterschaft etc.) seinen Rechtsgrund hat. „Auch die aus einem Zustands-, insbesondere Familienverhältniss entsprungenen Schuldforderungen können persönliche Geld- oder geldwerthe Ansprüche sein und dürfen dann nicht schlechter gestellt werden, als andere Schuldforderungen.“ (M.: 25.) Besonders ist der in einzelnen Gesetzgebungen gemachte Unterschied zwischen „gesetzlichen Alimentenansprüchen“ und solchen Ansprüchen, die auf Vertrag oder letzten Willen beruhen, nach der Konkurs-Ordnung nicht begründet. (M. a. a. O.) Es kommt jedoch bei allen Alimentenforderungen darauf an, ob sie zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens, wenn auch als bedingt oder betagt, so doch als vorhanden gelten, oder ob man annehmen muss, dass sie erst durch den Zeitablauf jedesmal von neuem entstehen. (Vergl. Bem. IV. 5.)

3.

Ansprüche auf eine nicht vertretbare Handlung des Gemeinschuldners bezw. Unterlassung.

Aus dem in Bem. 1 aufgestellten Grundsatze folgt, „dass Ansprüche gegen den Gemeinschuldner auf Leistung oder Unterlassung einer individuellen, von seiner Person untrennbaren Handlung, welche einen Vermögenswerth nicht darstellt oder eine Schätzung nicht zulässt, dem Konkursverfahren fremd bleiben müssen.“ (M.: 25.) Geht der Anspruch auf Unterlassung einer bestimmten Handlung, die nur von dem Gemeinschuldner, nicht vom Konkursverwalter vorgenommen werden kann, so ist dieser Anspruch selbstverständlich dem Gemeinschuldner selbst gegenüber, nicht im Konkursverfahren, geltend zu machen. In diesem kann nur ein etwa begründeter Entschädigungsanspruch wegen Vornahme der Handlung angemeldet werden. Ebenso ist auch die Geltendmachung eines

Anspruchs auf eine bestimmte Leistung, die nur vom Gemeinschuldner ausgehen kann (z. B. auf Ertheilung von Unterricht, ärztliche Behandlung, Schreiben eines Buchs, Anfertigung eines Bildes) im Konkursverfahren nicht gestattet. Vielmehr sind hier derartige Ansprüche nur dann geltend zu machen, wenn die Leistung durch einen beliebigen Dritten ausgeführt werden kann, und ebenso können Entschädigungsansprüche wegen Nichterfüllung des gegebenen Versprechens im Konkursverfahren liquidirt werden.

IV.
Begründung des Anspruchs zur Zeit der Konkurseröffnung.

1.
Allgemeine Bemerkungen.

Bezüglich der Zeit, zu welcher ein im Konkursverfahren geltend gemachter Anspruch begründet sein muss, wurde in den Motiven bemerkt: „Ein wesentliches Erforderniss für die Zulassung der Forderungen zum Konkursverfahren ist das Bestehen der Forderungen, nicht bloss des Schuldverhältnisses, zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens. Wenn das Verfahren durchführbar sein soll, muss dem Gemeinschuldner das Recht genommen werden, über die Masse zu verfügen (§ 5), und aus dem Verluste des Verfügungsrechts folgt, dass eine Forderung, soweit sie erst nach diesem, also nach Eröffnung des Verfahrens durch eine Handlung des Gemeinschuldners entstanden, umgestaltet oder vollendet worden ist, von der Theilnahme am Verfahren ausgeschlossen werden muss. In diesem Grunde der Ausschliessung liegt zugleich ihre Grenze. Forderungen, die vor der Eröffnung begründet sind, können, obgleich sie damals noch nicht perfekt waren, berücksichtigt werden, wenn nur ihre Perfektion ohne jedes Zuthun des Gemeinschuldners eintritt.“ (M.: 26.) Es ist hienach klar, dass Forderungen, welche zur Zeit der Konkurseröffnung noch gar nicht existirten, vom Konkursverfahren ausgeschlossen sind, wenn auch das Rechtsverhältniss, aus dem die Forderung entspringt, schon vorher vorhanden war. Es genügt aber auch die Existenz und es kann eine Forderung auch dann im Konkursverfahren geltend gemacht werden, wenn sie noch nicht fällig ist, oder ihrem Betrage nach erst später festgestellt wurde, oder wenn es von einer Bedingung abhängt, ob die Forderung geltend gemacht werden kann. Die Behandlung der betagten und bedingten Forderungen ist durch die §§ 58—60 geregelt. Bezüglich der Liquidität wurde von Goldschmidt in der Konkurskommission ohne Widerspruch konstatirt: „dass die Forderung zur Zeit der Eröffnung des Konkurses noch nicht nothwendig in quali et quanto vorhanden sein müsse.“ (K.: 8.) Eine Forderung auf Schadenersatz (wegen einer widerrechtlichen Handlung etc.), die bereits vor Eröffnung des Konkursverfahrens begründet war, kann hienach auch dann in diesem Verfahren geltend gemacht werden, wenn die Verpflichtung zum Ersatz und die Höhe der Entschädigung erst später festgestellt wurde.[1])

[1]) Dass betagte Forderungen, sowie solche Ansprüche, die vor der Konkurseröffnung unter einer Bedingung erworben wurden, zur Konkursmasse gehören, wurde auch im gemeinen Prozess anerkannt. (V. Bayer. Konkurs-Prozess § 26; Schweppe § 35.)

2.

Kostenforderungen.

Ob eine Forderung auf Ersatz von Kosten, zu deren Zahlung der Gemeinschuldner nach Eröffnung des Konkursverfahrens verurtheilt wird, im Konkursverfahren geltend gemacht werden kann, hängt davon ab, in welcher Weise die auf dem Gesetz (§§ 87 ff. C.-P.-O., §§ 496 ff. St.-P.-O.) beruhende Ersatzverbindlichkeit begründet wird. Die C.-P.-O. geht nun allerdings davon aus, dass die Verbindlichkeit zum Kostenersatz weder aus dem Gesichtspunkt der Strafe, noch aus dem des Schadenersatzes zu rechtfertigen sei, sondern dass das Unterliegen im Prozesse als Rechtsfolge die Verantwortlichkeit für die Prozesskosten nach sich zieht (vergl. des Verfassers Kommentar zum Civilprozess Tit. V Vorbem. 2, Bd. I S. 254). Daraus folgt aber nicht, dass die Verbindlichkeit erst mit dem Urtheil entsteht, vielmehr wird dieselbe durch die Anstellung und Durchführung der Klage bezw. die Bestreitung derselben begründet, und durch das Urtheil wird nur festgestellt, welche Partei, als die in der Hauptsache unterliegende, die Kosten zu tragen hat. Es wird desshalb, auch wenn das Urtheil, das dem Gemeinschuldner Kosten zur Last legt, erst nach der Eröffnung des Konkursverfahrens ergeht, die Forderung auf Ersatz der Kosten, soweit diese vor der Konkurseröffnung entstanden sind, im Konkursverfahren angemeldet werden können. In diesem Sinne ist die Frage auch in den Motiven zu § 55 (S. 269 u. 270) entschieden, wo bemerkt wurde, die pr. K.-O. begehe (in § 83 Nr. 1) eine Inkonsequenz und Härte, indem sie die Liquidation der bis zur Konkurseröffnung erwachsenen Kosten eines unbeendigten Prozesses ausschliesse und nur die Liquidation solcher Kosten zulasse, welche bereits durch rechtskräftiges Urtheil dem Gemeinschuldner zur Last gelegt waren. (Vergl. Bem. zu § 55.)[1]) Auch gilt dies nicht bloss von den Kosten aus Civilprozessen, sondern ebenso von den Kosten eines Strafprozesses. Auch hier wird die Forderung durch die Verurtheilung des Gemeinschuldners nicht begründet, sondern nur festgestellt.[2])

3.

Wechselrechtliche Forderungen.

Bezüglich der Forderungen aus Wechseln, die im Konkursverfahren sehr häufig zu Streitigkeiten Veranlassung geben, ist, soweit es sich um Ansprüche

[1]) V. in diesem Sinne: Hullmann § 9 Bem. 11 S. 83 ff.; von Völderndroff §§ 8 und 9 Bem. r. S. 154 ff.; von Sarwey § 9 Bem. 5 S. 42.

[2]) Das preuss. Obertribunal hat allerdings durch Urtheil vom 15. Dez. 1859 (Entscheid. Bd. 43 Nr. 66 S. 474 ff.) erkannt, dass die Kosten eines Kriminalprozesses, in welchen der Gemeinschuldner während des Konkursverfahrens verurtheilt wurde, nicht im Konkurs angemeldet werden können. In dem betr. Falle war aber der Schuldner erst während des Konkursverfahrens in Untersuchung gezogen worden, und es wurde nur die Auffassung zurückgewiesen, die Verpflichtung zur Tragung der künftig entstehenden Kosten sei schon durch die Verübung des Verbrechens begründet worden. Dass auch die vor der Konkurseröffnung entstandenen Kriminalkosten vom Konkursverfahren ausgeschlossen seien, wurde nicht entschieden. Ausserdem geht das Gesetz von anderen Grundsätzen aus, als die pr. K.-O. (s. oben.)

gegen den Acceptanten handelt, zunächst das Datum der Acceptation entscheidend, derart, dass nur, wenn diese vor Eröffnung des Konkursverfahrens vorgenommen wurde, eine Konkursforderung vorliegt. Der Umstand, dass die Acceptation in blanco erfolgte, und der Wechsel erst später ausgefüllt wurde, steht der Geltendmachung der Forderung nicht im Wege, da das Recht der Ausfüllung des Wechsels und damit auch der in Frage stehende Anspruch durch die Unterschrift des Acceptanten jedenfalls begründet worden ist. [1]) Auch wird ein solcher Anspruch gegen den Acceptanten in dessen Konkurs nicht bloss vom ursprünglichen Remittenten und denjenigen Indossataren geltend gemacht werden können, auf welche der Wechsel schon vor der Konkurseröffnung girirt worden war, sondern auch spätere Indossatare sind berechtigt, die betr. Forderung, die nicht später entstanden ist, sondern nur nachher auf sie übertragen wurde, im Konkursverfahren anzumelden. Es verhält sich bezüglich einer solchen Wechselforderung ebenso, wie wenn eine gewöhnliche Konkursforderung nach der Eröffnung des Verfahrens durch Cession auf eine andere Person übertragen wird. Ist dies richtig, so kann ein solcher Indossatar, der einen Wechsel vor der Konkurseröffnung über das Vermögen des Acceptanten weiter girirt und nach Eröffnung des Verfahrens von einem Hintermann wieder eingelöst hat, vom Konkursverfahren nicht ausgeschlossen werden. Auch er macht nur die durch das erfolgte Accept begründete Forderung gegen den Gemeinschuldner geltend und es kommt nichts darauf an, ob diese Forderung vorher auf andere Personen übergegangen war, und erst nach der Konkurseröffnung wieder zurückerworben wurde. [2])

Bezüglich der Forderung gegen den Aussteller eines eigenen Wechsels ist natürlich das Datum der Ausstellung entscheidend, durch welche der Anspruch auf Einlösung des Wechsels begründet wird. Ebenso wird aber durch die Ausstellung eines auf eine andere Person gezogenen Wechsels der Regressanspruch der Indossatare für den Fall der nicht erfolgten Zahlung des Wechsels begründet, wenn derselbe auch erst durch die Verweigerung der Zahlung bezw. durch den Protest perfekt wird. Der Aussteller hat sich für den Fall der Nichteinlösung des Wechsels zur Schadloshaltung des Indossanten verpflichtet, und es kann diese Forderung von diesem und allen seinen Nachfolgern im Kon-

[1]) V. Erkenntniss des preuss. Obertr. ib. vom 12. Dez. 1865 (Striethorst Bd. 60 Nr. 44 S. 292 ff.), und Erk. des R.-O.-H.-G. vom 4. und 18. Sept. 1874 (Entscheid. Bd. XIV. Nr. 24 und 25 S. 54 ff.) sowie die dort angegebenen früheren Entscheidungen.

[2]) Gegen die obige Auffassung wird öfters (V. Hullmann § 2 Bem. 6 S. 62 und von Völderndorff ebendas. Bem e. 4 S. 91) ein Urtheil des preuss. Obertribunals vom 21. Febr. 1857 (Entscheid. Bd. 35 S. 204. Striethorst Bd. 23 Nr. 75 S. 321) citirt und bekämpft. In diesem Erkenntniss, in dem allerdings gesagt ist, dass dem Wechselinhaber, der einen Wechsel indossirt habe, keine Forderung mehr gegen den Acceptanten zustehe, und dass durch die Wiedereinlösung des Wechsels von einem Hintermanne die frühere Forderung nicht einfach wieder erwache, handelt es sich aber lediglich um die Zulässigkeit der Kompensation. (Vergl. Bem. zu § 48.)

kursverfahren des Ausstellers geltend gemacht werden, auch wenn die Bedingung, von deren Eintritt die Zahlungspflicht abhängt, erst später eingetreten ist, und der Inhaber des Wechsels erst nach der Konkurseröffnung in den Besitz desselben gelangt sein sollte.

Handelt es sich dagegen um den Konkurs eines Indossanten, so kann der Regressanspruch nur dann im Konkursverfahren geltend gemacht werden, wenn die Indossirung vor der Konkurseröffnung erfolgte, denn erst durch das Indossament ist dessen Verpflichtung zur eventuellen Schadloshaltung entstanden, und nach derselben war der Gemeinschuldner zur Indossirung nicht mehr befugt.

Etwaige (civilrechtliche) Schadenersatz-Ansprüche des Acceptanten, der aus Gefälligkeit gegen den Aussteller acceptirte, und zur Zahlung des Wechsels angehalten wurde, werden aus denselben Gründen auch dann im Konkurs des Ausstellers geltend gemacht werden können, wenn die Zahlung selbst erst nach der Konkurseröffnung erfolgte, denn auch in diesem Falle wurde die eventuelle Forderung auf Schadenersatz schon durch das vor der Konkurseröffnung gegebene Versprechen, für rechtzeitige Deckung bezw. dafür zu sorgen, dass der Wechsel nicht präsentirt werde, entstanden, und es kommt nicht darauf an, ob der Schaden bezw. der Fall, für welchen die Schadloshaltung versprochen wurde, erst später eingetreten ist.[1]) Hat der Bezogene dagegen ohne ein solches Versprechen acceptirt, und durch die Zahlung des Wechsels eine Forderung gegen den Aussteller erworben, so kann er diese nur dann im Konkursverfahren geltend machen, wenn die Zahlung vor Eröffnung desselben erfolgte.

4.

Ansprüche auf periodisch wiederkehrende Leistungen.

Handelt es sich um periodische Leistungen, zu denen der Gemeinschuldner verpflichtet ist, so ist bezüglich der Frage, ob auch die nach der Konkurseröffnung fällig werdenden Beträge im Konkursverfahren gefordert werden können, der Umstand entscheidend, ob die Forderung auf Zahlung dieser Beträge schon vor der Eröffnung des Verfahrens, wenn auch als eine betagte, bestanden hat, oder ob der Anspruch auf die einzelnen Raten mit Ablauf einer bestimmten Zeit erst von Neuem entsteht, also eine Reihe von selbständigen Forderungen vorliegt, die allerdings in einem bestimmten Rechtsverhältniss ihren gemeinsamen Grund haben.

Ersteres ist der Fall, wo es sich lediglich um Aufschub bezüglich der Erfüllung einer bestimmten Verbindlichkeit, m. a. W. um Zahlungstermine handelt. Ein Verhältniss der letzteren Art liegt vor, wenn die in Frage stehende Leistung nur unter bestimmten Voraussetzungen, von denen der Eintritt der Verbindlichkeit abhängt, gefordert werden können, namentlich wenn hiezu eine bestimmte Gegenleistung vorausgesetzt wird, deren Wegfall die Entstehung der Forderung hindert.

[1]) V. Erk. des preuss. Obertribunals vom 12. Sept. und 17. Okt. 1861 (Striethorst Bd. 43 Nr. 35 S. 147 ff.)

Ob ein Verhältniss der einen oder anderen Art vorliegt, ist nach dem geltenden bürgerlichen Rechte zu beurtheilen. Bezüglich der Zinsen ist nach der K.-O. (§ 56 Z. 1) der zuletzt hervorgehobene Gesichtspunkt als zutreffend anzusehen, und können nach Vorschrift dieses § die seit der Eröffnung des Verfahrens laufenden Zinsen aus der Konkursmasse nicht beansprucht werden. (Vergl. M.: 270 und Bem. zu § 56.) Auch Forderungen von Pacht- und Miethzinsen entstehen, wie aus der Natur der Sache hervorgeht und in den Motiven (a. a. O.) anerkannt wurde, erst mit Ablauf der Zeit, zu welcher der Pacht- oder Miethzins zu zahlen ist, und nur unter der Voraussetzung, dass der Genuss der verpachteten oder vermietheten Sache wirklich gewährt worden ist. In dieser Beziehung enthalten aber die §§ 17 und 18 der K.-O. besondere Vorschriften, nach denen Pacht- und Miethverträge zufolge der Eröffnung des Konkursverfahrens zwar von beiden Seiten gekündigt werden können, aber auch die Fortsetzung mit beiderseitiger Uebereinstimmung gestattet ist. Wird ein solcher Vertrag gekündigt, so können nach Ablauf der hiefür festgesetzten Zeit natürlich keine Pacht- und Miethzinsforderungen mehr entstehen. Wird das Pacht- oder Miethverhältniss fortgesetzt, so tritt dagegen die Konkursmasse an die Stelle des Gemeinschuldners, und hat auch die später fällig werdenden Pacht- oder Miethzinsen als Masseschuld zu zahlen. (Vergl. die Bem. zu § 17.)

5.

Alimentationsforderungen.

Ob und wieweit Alimentenforderungen bezüglich derjenigen Beträge, die erst nach der Konkureröffnung fällig werden, im Konkursverfahren geltend gemacht werden können, hat von jeher zu Streitigkeiten Veranlassung gegeben.[1]) Auch werden solche unter der Herrschaft der K.-O. nicht ausbleiben.

Dass der Gesetzgeber solche Forderungen, auch wenn sie in familienrechtlichen Verhältnissen ihren Ursprung haben, nicht ohne Weiteres vom Konkursverfahren ausschliessen will, der Grundsatz: „concursus non alit infantes“ also keineswegs unbedingte Anerkennung gefunden hat, wurde bereits oben (Bem. III, 1 u. 2) bemerkt. Es finden vielmehr hinsichtlich der Alimentationsansprüche lediglich die allgemeinen Rechtsgrundsätze Anwendung. Hienach kommt es vor Allem darauf an, ob solche Forderungen bezüglich ihres rechtlichen Bestands von der Vermögenslage der in Anspruch genommenen Person unabhängig, oder ob sie nur unter der Voraussetzung begründet sind, dass diese Vermögen besitzt, d. h. in der Lage ist, den geforderten Unterhalt zu gewähren.

[1]) Nach gemeinem Recht gilt der Grundsatz: „concursus non alit infantes“, der meist dadurch begründet wurde, dass Alimentationsrechte nur gegen den Schuldner selbst bestehen und voraussetzen, dass derselbe befähigt sei, die Alimentation zu leisten, diese Voraussetzung aber mit der Konkurseröffnung aufhöre. Schweppe § 49; Bayer § 51 S. 150; Schmidt Handbuch des C.-P. Bd. III § 209 S. 190 ff.; Gessler im Archiv für civ. Pr. Bd. II S. 352; Seuffert Archiv Bd. 10 Nr. 262; Gutermann in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. 14 S. 217 ff. Bezüglich der preussischen Praxis ist zu vergl. Goltdammer § 2 Bem. 2 Bem. 2 S. 73 und 74.

Sodann ist aber der Umstand entscheidend, ob die Forderung vor Eröffnung des Konkursverfahrens ein für alle Mal rechtlich begründet ist, und nur die Fälligkeit der geschuldeten Beträge zu verschiedenen Zeitpunkten eintritt, oder ob angenommen werden muss, dass die Forderung bezüglich jeder einzelnen Rate erst in dem Augenblick entsteht, in dem deren Zahlung verlangt werden kann. In beiden Richtungen ist das bürgerliche Recht massgebend, und es können sich desshalb in den einzelnen Ländern, solange eine einheitliche Gesetzgebung nicht besteht, grosse Verschiedenheiten herausstellen. Aber es lassen sich doch gewisse allgemeine Regeln aufstellen, die im Grossen und Ganzen Geltung beanspruchen können.

Hat die Alimentationsforderung in einem Entschädigungsanspruch des Gläubigers ihren Grund, so kann, sofern die Verpflichtung zum Schadenersatz schon vor der Konkurseröffnung begründet war, die ganze Forderung unzweifelhaft im Konkursverfahren des Schuldners geltend gemacht werden. Ob der Schuldner sich zur Zahlung eines bestimmten Kapitals verpflichtet hat, bezw. hiezu verurtheilt wurde, oder ob die Entschädigung in der Form einer Rente zugebilligt worden ist, kann einen Unterschied nicht bewirken. Es handelt sich hier einfach um eine betagte Forderung, bezüglich deren § 58 massgebend ist. Nur ist diese Forderung, da sie bloss solange dauert, als der Gläubiger lebt, zugleich eine bezüglich ihres Umfangs bedingte, und rechtfertigt also, soweit es sich um die erst nach stattgehabter Vertheilung fällig werdenden Beträge handelt, nach § 60 bloss das Begehren auf Sicherstellung. Ob die Entschädigungsforderung bereits vor Eröffnung des Konkursverfahrens anerkannt und bezüglich ihres Umfanges (durch Vertrag oder Urtheil) festgestellt worden ist, ist rechtlich gleichgültig. Auch eine zur Zeit der Konkurseröffnung illiquide Forderung dieser Art kann im Konkursverfahren geltend gemacht werden, wenn der Gemeinschuldner nachträglich auf Grund des bereits früher begründeten Anspruchs zur Zahlung einer bestimmten Rente verurtheilt wird. (Verg. Bem. IV. 1.)

Nach denselben Grundsätzen sind die Alimentationsforderungen unehelicher Kinder zu beurtheilen, wenn die Verpflichtung zur Gewährung des Unterhalts in dem betr. Lande nicht aus der Vaterschaft des Verpflichteten, sondern aus einem Quasidelikt desselben abgeleitet wird, weil dann der Gesichtspunkt der Entschädigung massgebend ist.

Anders liegt die Sache bezüglich der Alimentationsansprüche, die nicht in einer Verbindlichkeit zum Schadenersatze, sondern lediglich in Familienverhältnissen ihren Grund haben, und bei denen es sich im Wesentlichen um die Verwendung des vorhandenen Vermögens oder um eine Unterstützungspflicht handelt, namentlich also bei Ansprüchen auf Gewährung des Unterhalts, die zwischen Ehegatten, Eltern und Kindern u. s. w. begründet sind. Ob und wieweit hier eine Verpflichtung zur Alimentation begründet ist, hängt ganz von den Umständen, insbesondere von der Vermögenslage der beiderseits betheiligten Personen ab. Daraus ergibt sich aber, dass die im Allgemeinen feststehende Unterhalts- oder Unterstützungspflicht nicht schon ein für alle Mal eine Forderung auf Zahlung bestimmter Beträge für Lebensdauer begründet, vielmehr die Forderung bezüglich der für einen bestimmten Zeitraum beanspruchten Alimente immer wieder von

Neuem entsteht, sobald das Bedürfniss des Unterhalts neuerdings hervortritt und die Fähigkeit zur Gewährung desselben diesem Bedürfniss gegenüber steht.

Der Ehefrau, den ehelichen Kindern, den Eltern des Gemeinschuldners u. s. w. steht hienach im Allgemeinen nicht das Recht zu, aus der Konkursmasse Unterhalt zu verlangen, bezw. zu fordern, dass gewisse Beträge zur Bestreitung des Unterhalts, den sie an sich vom Gemeinschuldner verlangen können, reservirt werden. [1]) Was von den ehelichen Kindern gilt, muss aber ebenso von den unehelichen gelten, sofern deren Anspruch auf Unterhalt lediglich aus den Vaterpflichten des Gemeinschuldners abgeleitet wird, denn es ist nicht abzusehen, warum diese dem Vater oder der Konkursmasse gegenüber anders und besser stehen sollten. [2]) Soweit eine Unterstützung nicht freiwillig (nach § 120) bewilligt wird, haben diese Personen nur den Anspruch auf die Kompetenz, die aus dem gesetzlichen Niessbrauch des Gemeinschuldners zu entnehmen ist, und sind im Uebrigen darauf angewiesen, dass der Gemeinschuldner wieder Vermögen erwirbt, oder die ihm obliegenden Verpflichtungen aus seinem Einkommen zu bestreiten vermag.

An dieser Sachlage wird an sich dadurch nichts geändert, dass die Alimentationsverbindlichkeit des Gemeinschuldners durch ein vor der Eröffnung des Konkursverfahrens ergangenes Urtheil festgestellt worden ist. Daraus, dass das Gericht die zur Zeit des Urtheils bestehende Verpflichtung zu Unterhaltsbeiträgen anerkannt hat, oder dass die vorerst zu zahlenden Beträge vorbehaltlich anderweitiger Bestimmung für die spätere Zeit festgesetzt wurden, folgt noch nicht, dass der Gemeinschuldner in definitiver Weise verurtheilt werden sollte, wie sich auch die Umstände gestalten mögen, seinen Alimentationsbeitrag fortzuzahlen. Auch ist im Zweifel nicht anzunehmen, dass eine derartige Absicht bestand, und der Unterhalt z. B. auch dann verlangt werden darf, wenn dem Forderungsberechtigten durch Erbschaft oder sonstwie ein grosses Vermögen zugefallen. Es kann aber allerdings vorkommen, dass die Verbindlichkeit zur Alimentation in einer Weise übernommen oder auferlegt wird, dass es gar nicht mehr auf die

[1]) V. von Sarwey § 2 Bem. 3 S. 16; Hullmann § 2 Bem. 8 S. 63; Wengler ebendas. Bem. 2 S. 75. A. M. ist von Völderndorff, der (§ 2 Bem. B S. 94) die Ansicht vertheidigt, der Alimentationsanspruch der Ehefrau u. s. w. sei unter der Voraussetzung, dass die Alimentationsbedürftigkeit feststehe, schon vor der Konkurseröffnung begründet und könne desshalb als Konkursforderung geltend gemacht werden.

[2]) In der sächsischen Praxis wird allerdings, wie Wengler (§ 2 Bem. 2 d S. 77) bezeugt, der Anspruch unehelicher Kinder, weil er lediglich auf der Thatsache der Erzeugung beruhe, anders als der Alimentationsanspruch ehelicher Kinder behandelt. Diese Unterscheidung hat aber in der positiven Bestimmung des b. G.-B. (Art. 1862) ihren Grund, und kann keineswegs allgemeine Geltung beanspruchen. Auch die Verpflichtung zur Alimentirung des ehelichen Kindes hat in dem Kindesverhältniss ihre Grundlage, und es besteht, sofern nicht gesetzliche Bestimmungen im Wege stehen, oder die Verpflichtung zum Unterhalt in der später angegebenen Weise in die Verbindlichkeit zur Zahlung einer bestimmten Geldsumme umgewandelt wurde, kein Grund, das uneheliche Kind, das unter Umständen, wenn die Mutter vermögend ist, auch in günstiger Vermögenslage sich befinden kann, vor dem ehelichen zu bevorzugen.

Vermögensumstände der Betheiligten ankommt, sondern die Alimente unter allen Umständen bezahlt werden müssen, solange der Alimentationsberechtigte lebt, bezw. bis derselbe ein gewisses Alter erreicht hat. Ist die Verpflichtung zur Zahlung von Alimenten, sei es durch Vertrag, sei es durch rechtskräftiges Urtheil, in dieser Weise fixirt, also der allgemeine Anspruch auf Gewährung des Unterhalts in eine Forderung auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme umgewandelt, wie es häufig bezüglich der Alimentationsansprüche unehelicher Kinder und geschiedener Ehefrauen vorkommt, so liegt eine gewöhnliche Forderung vor, die ihrem ganzen Umfange nach vor der Konkurseröffnung entstanden ist und im Konkursverfahren geltend gemacht werden kann, und auf deren Behandlung § 60 Anwendung findet. [1])

§ 3.

Ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung aus Gegenständen, welche zur Konkursmasse gehören, kann nur in den von diesem Gesetze zugelassenen Fällen geltend gemacht werden.

Die abgesonderte Befriedigung erfolgt unabhängig vom Konkursverfahren.

(E.: § 3. M.: 26 ff. K.: 8. pr. K.-O. § 2 Abs. 2; §§ 38 und 39 und 263 ff.)

I.

Gesetzliche Regelung der Absonderungsansprüche.

(Abs. 1.)

1.

Die Gläubiger, denen ein „Absonderungsrecht" zusteht (im gemeinen Prozess „Separatisten ex jure crediti" genannt), unterscheiden sich, wie bereits früher (Bem. II zu § 2) bemerkt wurde, von den „Aussonderungsberechtigten" (den „Separatisten ex jure dominii" oder „Vindikanten" des gemeinen Prozesses) dadurch, dass sie nicht, wie diese Gegenstände, die nicht zur Konkursmasse gehören, aus dieser wegnehmen wollen, sondern aus solchen Gegenständen Befriedigung suchen, die einen Theil der Konkursmasse bilden. Da sie aber nicht bloss einen Anspruch auf das zur Konkursmasse gehörige Gesammtvermögen des Gemeinschuldners haben, dessen persönliche Gläubiger sie sein können aber nicht nothwendig sein müssen, sondern kraft der ihnen an bestimmten Sachen zustehenden, besonderen Rechte (Hypothekarrechte, Vorzugsrechte, Faustpfandrechte u. s. w.) zunächst nur durch den Erlös aus diesen Gegenständen befriedigt sein wollen, nehmen sie auch eine andere Stellung ein, als die eigentlichen Konkursgläubiger, die nothwendig persönliche Gläubiger des Gemeinschuldners sein müssen und nur in dieser Eigenschaft auftreten können.

[1]) V. von Sarwey § 2 Bem. 3 S. 16; von Völderndorff ib. S. 95 ff.

2.

Wem ein Recht auf Befriedigung aus dem Erlös bestimmter Gegenstände zusteht, bestimmt sich im Allgemeinen nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts. Der Gesetzgeber entschied sich jedoch im Interesse einer Gleichförmigkeit der Gesetzgebung, deren Mangel ein einheitliches Verfahren sehr erschwert haben würde, dafür: „dass die einheitliche Konkurs-Ordnung die Fälle der Absonderungsansprüche auch einheitlich und ausschliesslich feststellen muss, und dass die von derselben nicht anerkannten bisherigen Separationsrechte ihre Kraft für den Konkurs verlieren müssen.“ (M.: 29.)

Die nach dem bürgerlichen Recht begründeten dinglichen Rechte oder Vorzugsrechte gewähren desshalb im Falle einer Konkurseröffnung über das Vermögen des Eigenthümers nur dann einen Anspruch auf abgesonderte Befriedigung, sofern derselbe durch die Konkurs-Ordnung (§§ 39 ff.) anerkannt worden ist.

II.

Art und Weise der abgesonderten Befriedigung.

(Abs. 2.)

1.

Abweichend von der im gemeinen Recht und den meisten neueren Gesetzgebungen herrschenden Auffassung stellt der Gesetzgeber in Abs. 2 des § den Grundsatz auf, dass die abgesonderte Befriedigung „unabhängig vom Konkursverfahren“ zu erfolgen habe. [1]) Diese Abweichung wird in den Motiven (27 ff.) ausführlich gerechtfertigt, und es werden bezüglich der ausserhalb des Konkurses erfolgenden Befriedigung der Realgläubiger (M.: 29 ff.) folgende Grundsätze aufgestellt, „welche auch bezüglich der übrigen Absonderungsberechtigten durchgreifen:“

„In der Ausübung ihrer dinglichen Rechte werden die Realgläubiger von den Wirkungen des Konkurses nicht betroffen. Die Ausübung derselben bestimmt sich nach ihrem Inhalt und regelt sich nach den Vorschriften des bürgerlichen und Prozessrechts. Trotz des Konkurses bleibt der Gläubiger im Besitze seines Faustpfandes, er kann es verwerthen, gerichtlich oder aussergerichtlich, so wie sein dingliches Recht ihn ermächtigt. Eine eingeleitete Zwangsverwaltung oder

[1]) Nach dem gemeinen Prozess müssen zufolge der Doktrin der „Universalität“ des Konkurses die „Separatisten“ an dem Konkursverfahren theilnehmen; ebenso sind nach der bayerischen Pr.-O. (Art. 1259, 1262) die Hypothekengläubiger genöthigt, sich auf das Liquidationsverfahren einzulassen und dasselbe gilt von den meisten neueren Gesetzgebungen (v. von Sarwey § 3 Bem. 2 S. 20). Die pr. K.-O. enthält zwar (in § 2 Abs. 3) die Vorschrift, dass sich nur die persönlichen Gläubiger des Gemeinschuldners in das Konkursverfahren einzulassen haben. Aber die Konkurseröffnung bewirkt auch zu Gunsten der Realgläubiger eine Beschlagnahme der ihnen verhafteten Sachen und es wird für sie von Amtswegen eine „Sondermasse“ gebildet, die unter sie vertheilt wird (§§ 57, 264, 266 ff.), und ebenso, wie die „gemeinschaftliche Masse“ einen Theil der „Konkursmasse“ bildet.

Zwangsversteigerung schreitet, durch die Konkurseröffnung unbeeinflusst, fort. In gleicher Weise können die Realgläubiger während des Konkurses ihre Befriedigung aus den Pfandstücken herbeiführen. Der Erlös oder die Einkünfte werden dann ermittelt, erzielt und unter die Realgläubiger vertheilt, gleich als ob ein Konkurs nicht schwebte. Erlös und Einkünfte bilden gewissermassen eine Sondermasse; nur was nach der ungeschmälerten Befriedigung der Realgläubiger übrig bleibt, wird zur Befriedigung der Konkursgläubiger verwendbar; bloss der Ueberschuss fliesst zur Konkursmasse zurück. Die Ausübung der Realrechte erfolgt, wenn sie erfolgt, nicht als ein Theil des Konkursverfahrens, sondern völlig unabhängig von demselben; die Realgläubiger haben sich, um ihre Realansprüche geltend zu machen, in den Konkurs nicht einzulassen."

2.

Da die dem Absonderungsrecht unterworfenen Gegenstände immerhin zur Konkursmasse gehören, verliert der Gemeinschuldner mit Eröffnung des Konkursverfahrens auch bezüglich dieser Gegenstände (nach § 5) das Recht der Verwaltung und der Verfügung. Folgeweise fallen dem Konkursverwalter, durch den diese Rechte ausgeübt werden, und der die eventuellen Ansprüche der Konkursgläubiger auf den Erlös zu wahren hat, auch hinsichtlich der dem Absonderungsrecht unterworfenen Vermögenstheile Rechte und Verpflichtungen zu (§§ 107 ff., inbes. die §§ 110, 116 und 117).

Die auch in § 38 pr. K.-O. festgehaltene Unterscheidung zwischen der gewöhnlichen „Konkursmasse" und einer den Konkursgläubigern und Absonderungsberechtigten „gemeinschaftlichen Konkursmasse" ist der K.-O. fremd. In dieser Beziehung, wie bezüglich des gegenseitigen Verhältnisses zwischen Konkursgläubigern und Absonderungsberechtigten wurde in den Motiven (S. 30) bemerkt: „Es gibt bloss eine Konkursmasse. Abgesondert ist nur das Verfahren zur Befriedigung der Pfandgläubiger. Die Pfandstücke gehören dem Gemeinschuldner und zur Konkursmasse; sie sind der Verfügung des Gemeinschuldners entzogen; der Verwalter übt dieselbe an dessen Stelle aus; die Realgläubiger haben ihre Ansprüche daher gegen den Verwalter geltend zu machen. Es ist dies selbstverständlich, sowie es keiner ausdrücklichen Vorschrift bedarf, dass der Verwalter das Verfügungsrecht nur „unbeschadet der Rechte der Realgläubiger" ausüben dürfe. Und weil die Pfandstücke zur Konkursmasse gehören, können neue Gläubiger, deren Forderungen nach der Konkurseröffnung entstehen, Ansprüche auf dieselben nicht geltend machen; und aus gleichem Grunde muss der nach Berichtigung der bestandenen Pfandansprüche verbleibende Rest für die Konkursgläubiger verwendbar gemacht werden. Daraus rechtfertigt sich die Pflicht der Pfandgläubiger, binnen einer bestimmten Zeit den Besitz des Faustpfands anzuzeigen und den Pfandanspruch geltend zu machen; darauf beruht ihre Pflicht, die Abschätzung und Einlösung des Pfandes zu gestatten, und ihre Pflicht, unter gewissen Umständen sich den Zwangsverkauf der Sache gefallen zu lassen. Diese, ihren Pflichten gegenüberstehenden Rechte der Konkursgläubiger und die Verwirklichung dieser Rechte bilden einen Theil des Konkursverfahrens und gehören in das zweite Buch, Tit. III."

Zwischen den Konkursgläubigern, welchen ein Recht auf den Ueberschuss aus dem Erlös der verpfändeten Gegenstände zusteht, und den Absonderungsberechtigten, welche wegen des durch das Absonderungsrecht nicht befriedigten Theiles ihrer Forderung als Konkursgläubiger auftreten können, besteht sonach ein näheres Verhältniss, und es sind die letzteren in mehrfachen Beziehungen der Kontrole des Konkursverwalters unterworfen.

3.

Die Personen, denen durch die Konkurs-Ordnung ein Absonderungsrecht eingeräumt ist, können aus den ihnen verpfändeten oder in anderer Weise haftenden Gegenständen abgesonderte Befriedigung verlangen; sie sind aber keineswegs verpflichtet, diesen Weg zu betreten, und verlieren, auch wenn sie von ihrem Absonderungsrecht keinen Gebrauch machen, nicht ihren Anspruch auf ausschliessliche oder vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös der ihnen verhafteten Gegenstände. Dieselben können also das Konkursverfahren ignoriren und, soweit sie das Gesetz nicht ausdrücklich beschränkt, gerade so vorgehen, als ob dasselbe nicht bestände, wobei ihnen nur, statt des Gemeinschuldners, der Konkursverwalter gegenüber steht; sie dürfen aber auch, wenn sie es für nützlich halten, den Konkursverwalter gewähren lassen, ohne dass sie desshalb in materieller Beziehung geschädigt werden. Je nachdem der eine oder der andere Weg betreten wird, ergibt sich ein anderes Verfahren.

Wenn ein Absonderungsberechtigter sein Recht auf abgesonderte Befriedigung ausserhalb des Konkurses geltend machen will, was er regelmässig zu erklären hat, wenn er auf Beachtung seiner dessfallsigen Ansprüche rechnen will, so kann er sich vor Allem im Besitz der ihm zu seiner Sicherung übergebenen Sachen erhalten, muss dieselbe aber dem Verwalter (nach § 110) auf Verlangen vorzeigen und deren Abschätzung gestatten. Ebenso kann er die Veräusserung der ihm verpfändeten Sachen auf dem Weg der Zwangsvollstreckung betreiben, oder wenn ihm die Veräusserung in anderer Weise gestattet ist, wie es besonders bei dem Faustpfand häufig vorkommt, diese andere Form wählen, und sich so aus dem Erlös befriedigen. Dem gegenüber kann sich der Konkursverwalter unthätig verhalten, was in der Regel geschehen wird, wenn ein Ueberschuss für die Konkursmasse nicht zu erwarten ist. Derselbe kann aber auch, wenn er es für vortheilhafter hält, gemäss § 115 bezw. 116 selbst die Zwangsvollstreckung ausserhalb des Konkurses betreiben, ohne dass der Absonderungsberechtigte, dessen Ansprüche auf den Erlös dadurch nicht berührt werden, dies zu verhindern berechtigt ist. Endlich kann der Verwalter selbstverständlich dadurch, dass er den Absonderungsberechtigten befriedigt, alle Ansprüche desselben beseitigen und so das volle Verfügungsrecht über die in Frage stehenden Gegenstände erlangen. „Wenn der Realgläubiger seinen Anspruch auf abgesonderte Befriedigung nicht erhebt, sei es, weil er es nicht für nöthig oder nützlich erachtet, oder seies, weil der Anspruch zur Zeit noch nicht geltend gemacht werden kann, so fehlt jede Veranlassung zu einer Absonderung; das Pfandstück wird, natürlich unbeschadet der auf ihm haftenden Ansprüche, wie die übrigen Gegenstände der Konkursmasse verwaltet und verwerthet. Der Umstand

allein, dass der Gegenstand Pfandgläubigern verhaftet ist, gibt keine Veranlassung, denselben von Amtswegen abzusondern, und von Amtswegen die abgesonderte Befriedigung der Realgläubiger zu bewirken. Das Konkursverfahren hat sich auf die abgesonderte Befriedigung der Realgläubiger nicht einzulassen; diese ist auch insofern nicht Theil des Konkursverfahrens. Darin liegt ein wesentlicher Unterschied des Entwurfs von der pr. K.-O. (§§ 266. 267. 57), nach welcher die Konkurseröffnung auch zu Gunsten der Realgläubiger eine Beschlagnahme der ihnen verhafteten Sachen bewirkt, und nach welcher daher von Amtswegen ausschliesslich für sie eine Revenüemasse gebildet und unter sie vertheilt wird" (M.: 30 u. 31.) Der Konkursverwalter kann hienach die verpfändeten Gegenstände mit der an denselben haftenden Belastuug veräussern, wie es auch der Gemeinschuldner hätte thun können, und hat sich bei diesem Verfahren, das sich besonders bei Liegenschaften empfehlen kann wenn der Absonderungsberechtigte eine Zwangsvollstreckung nicht betreiben will, um die Befriedigung des Pfandgläubigers, dem alle seine Ansprüche vorbehalten bleiben, nicht zu kümmern. Will er dieses Verfahren nicht einschlagen, sondern die Veräusserung ohne Rücksicht auf die Belastung vornehmen, so muss er aber den Erlös zur Befriedigung der Absonderungsberechtigten verwenden. Eine besondere Frist für die Geltendmachung des Rechts auf abgesonderte Befriedigung ist nicht vorgeschrieben. Der Absonderungsberechtigte ist jedoch, wenn er nicht Gefahr laufen will, seiner Ansprüche verlustig zu werden, genöthigt, diese vor Abschluss der Vertheilung geltend zu machen. Wenn der Gegenstand, um den es sich handelt, vom Verwalter veräussert wird, kann der Absonderungsberechtigte nämlich seine Ansprüche der Masse gegenüber nur als Massegläubiger geltend machen, und es findet dann die Vorschrift des § 159 auf ihn Anwendung. (Vergl. M. zu § 143 S. 376.)

§ 4.

Ausländische Gläubiger stehen den inländischen gleich.

Unter Zustimmung des Bundesraths kann durch Anordnung des Reichskanzlers bestimmt werden, dass gegen die Angehörigen eines ausländischen Staates und die Rechtsnachfolger derselben ein Vergeltungsrecht zur Anwendung gebracht werde.

(E.: § 4. M.: 31 u. 32. K.: 8 ff. u. 196 ff. pr. K.-O. § 3.)

1.

In Abs. 1 des § wird der Grundsatz aufgestellt, dass der ausländische Gläubiger dem inländischen im Allgemeinen gleichsteht, und es gilt dieser Grundsatz nicht bloss hinsichtlich des Verfahrens, sondern auch bezüglich des materiellen Konkursrechts. Jedoch wird dadurch die Anwendung des ausländischen Rechts, das nach den Grundsätzen über das sogen. internationale Privatrecht (oder die Statutenkollision) massgebend ist, selbstverständlich nicht ausgeschlossen.

Ob eine Forderung überhaupt besteht, ob aus einem im Ausland geschlossenen Vertrag ein Klagerecht begründet ist, ein uneheliches Kind vom Vater Unterhalt verlangen kann u. s. w., wird häufig nach ausländischem Recht zu beurtheilen sein. Auch liegt darin keine Benachtheiligung des Ausländers, dass seine Verhältnisse nach dem für ihn massgebenden Rechte beurtheilt werden, zumal auch für Inländer hier verschiedene Grundsätze zur Anwendung kommen. Vielmehr geht das Recht des Ausländers nur dahin, dass er nicht desshalb, weil er Ausländer ist, anders behandelt und schlechter gestellt werde, als wenn er Inländer wäre.

2.

Von dem in Abs. 1 aufgestellten Grundsatze lässt die Konkurs-Ordnung zwei Ausnahmen zu, von denen die erste den sogen. Partikularkonkurs über das inländische Vermögen eines Ausländers, die zweite die Retorsion betrifft. Die erste Ausnahme wird in § 207, die zweite in Abs. 2 des § geregelt. Hienach „muss sich der Ausländer die Wiedervergeltung in Deutschland gefallen lassen, wenn der Staat, dem er angehört, deutsche Staatsbürger gesetzlich schlechter stellt, als die seinigen. Er kann sich diesem Vergeltungsrechte dadurch nicht entziehen, dass er seinen Anspruch an Inländer oder an andere mehr begünstigte Ausländer abtritt.“ (M.: 31.) Die in der Reichstagskommission gestellten Anträge auf Beseitigung dieses Wiedervergeltungsrechtes wurden abgelehnt. Ebenso geschah dies aber bezüglich eines Antrags, nach welchem das Vergeltungsrecht bei mangelnder Gegenseitigkeit in allgemeiner Weise zur Anwendung gebracht und die Ausübung desselben den Gerichten übertragen werden sollte, nachdem mehrfach hervorgehoben worden war: „die Retorsion sei eine politische Massregel, über deren Anwendung die politischen Behörden, nicht die Gerichte, zu entscheiden hätten.“ (K.: 8 ff. u. 196 ff.)

Bezüglich der Handhabung dieses Rechts wurde in den Motiven (32) bemerkt: „Die Anordnung muss eine allgemeine sein; sie wird in der Regel alle Angehörigen des fremden Staats treffen müssen, kann aber auch, sei es unbedingt, sei es mit gewissen Voraussetzungen, auf die Rechtsnachfolger derselben sich erstrecken. Damit werden zugleich die Bedenken über den kritischen Zeitpunkt einer Cession und über die Person des Cessionars erledigt. Dass durch die Vorschrift des § 4 nicht in die bestehenden oder zukünftigen Staatsverträge mit ausländischen Staaten eingegriffen werden soll, versteht sich von selbst.“ Hienach hat der Reichskanzler, dessen Anordnungen jedoch zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung des Bundesraths bedürfen, zu bestimmen, ob gegen die Angehörigen eines bestimmten ausländischen Staats anders verfahren werden soll, als es die Konkurs-Ordnung vorschreibt, und in welcher Weise das Vergeltungsrecht in Anwendung zu bringen ist. Ebenso ist nach dessen Anordnungen zu beurtheilen, ob und inwieweit die zunächst auf die Angehörigen eines bestimmten Staats berechneten Vorschriften auch für (inländische oder ausländische) Rechtsnachfolger derselben Geltung haben. Gegen Umgehung der Vorschriften der Konkurs-Ordnung durch Uebertragung von Konkursforderungen an im Auslande wohnende Personen wird in den §§ 42 u. 49 Vorkehrung getroffen.

§ 5.

Mit der Eröffnung des Verfahrens verliert der Gemeinschuldner die Befugniss, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen.

Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht wird durch einen Konkursverwalter ausgeübt.

(E.: § 5. M.: 32 ff. K.: 9. pr. K.-O. § 4.)

I.

Wirkungen der Konkurseröffnung. Aufhören der Verwaltungs- und Verfügungs-Rechte des Gemeinschuldners.

(Abs. 1.)

1.

Dass der Gemeinschuldner zufolge des Konkurses die Befugniss verliert, das ihm gehörige Vermögen in derselben Weise, wie er es vorher zu thun berechtigt war, noch fernerhin zu verwalten und über dasselbe zu verfügen, liegt in der Natur der Sache, da dieses Vermögen zur Befriedigung der Konkursgläubiger dienen soll, also nothwendig der Verfügung des Schuldners entzogen werden muss. Ebenso ist es aber klar, dass diese Beschränkung sich nur auf dasjenige Vermögen beziehen kann, das zur Befriedigung dieser Gläubiger bestimmt ist, d. h. das (nach § 1) zur Konkursmasse gehört. Die Vorschrift des § erstreckt sich desshalb zwar auch auf diejenigen Vermögensstücke, bezüglich deren ein Recht auf „abgesonderte Befriedigung" besteht, weil dieselben immerhin einen Theil der Konkursmasse bilden (Bem. II. 2 zu § 3). Dagegen behält der Gemeinschuldner das volle Verfügungsrecht über dasjenige Vermögen, das vom Konkursverfahren nicht erfasst wird, weil es der Zwangsvollstreckung nicht unterliegt oder erst nach der Eröffnung des Verfahrens erworben wurde. (Vergl. Bem. zu § 1.)

2.

Nur das Recht, das zur Konkursmasse gehörige Vermögen zu verwalten bezw. über dasselbe zu verfügen, nicht aber das Eigenthumsrecht an den dazu gehörigen Gegenständen, wird dem Gemeinschuldner entzogen. Ein Vermögensübergang auf die Gläubiger findet, wie bereits früher (§ 1 Bem. I. 3) bemerkt wurde, in keiner Weise statt. Ein in der Reichstagskommission gestellter Antrag, die Worte „sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen" durch die Worte „das zur Konkursmasse gehörige Vermögen" zu ersetzen, wurde zurückgezogen, nachdem Regierungskommissär Hagens bemerkt hatte: „Durch das Wort „sein" habe der gemeinrechtlichen Theorie von einer Universalsuccession der Gläubiger in das Vermögen des Gemeinschuldners entgegengetreten und zum Ausdruck gebracht werden sollen, dass der Gemeinschuldner Eigenthümer der Konkursmasse bleibe." (K.: 9.)

Auch der Verlust des Verfügungsrechts ist kein unbedingter, sondern es wirkt derselbe (wie aus § 6 hervorgeht) „nur den Konkursgläubigern gegenüber." Es ist desshalb eine letztwillige Verfügung des Gemeinschuldners, die nach der Eröffnung des Verfahrens getroffen wird, nicht ohne Weiteres ungültig, sondern sie kann auch bezüglich des zur Konkursmasse gehörigen Vermögens wirksam werden, wenn das Konkursverfahren später wieder aufgehoben wurde. Ja auch Verfügungen unter Lebenden können, obgleich sie nach Eröffnung des Konkursverfahrens getroffen wurden, da der Gemeinschuldner durch diese keineswegs seine Handlungsfähigkeit verlor, nach gewissen Richtungen hin wirksam sein. (Vergl. Bem. I. 5 zu § 6.)

3.

Die in Abs. 1 ausgesprochene Verlustigung tritt „mit der Eröffnung des Verfahrens", also mit der Stunde ein, welche nach § 100 als Zeitpunkt der Eröffnung zu gelten hat. Es ist hienach die Zeit, zu welcher die Zahlungseinstellung erfolgte, wenn dieselbe auch in anderer Beziehung, zumal in Betreff der Anfechtung der vor der Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen und der Kompensation von Bedeutung ist (§§ 22 ff. u. 46 ff.), und ebenso der Umstand, dass das Verfahren bereits vorbereitet oder beantragt war (M.: 33), soweit es sich um § 5 handelt, ohne allen Einfluss. Mit der Eröffnung des Verfahrens treten aber auch die in § 5 bezeichneten Wirkungen (wie es in § 4 Abs. 1 pr. K.-O. ausdrücklich gesagt war) von Rechtswegen ein. Weder die Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses, noch dessen Verkündigung oder Zustellung an den Gemeinschuldner, noch die öffentliche Bekanntmachung ist für den Eintritt der im § 5 bezeichneten Wirkungen entscheidend, sondern lediglich die Stunde, in welcher die Eröffnung erfolgte. Dass schon vor der Eröffnung des Verfahrens gewisse Sicherungsmassregeln im Interesse der Gläubiger getroffen werden können (§ 98), ändert an dieser Auffassung nichts.

II.

Ausübung des Verwaltungs- und Verfügungsrechts durch den Konkurs-Verwalter.

1.

Rechtliche Stellung des Konkursverwalters.

Die Rechte, deren Ausübung dem Gemeinschuldner während der Dauer des Konkurses entzogen ist, werden, so lange diese Beschränkung dauert, durch den Konkursverwalter ausgeübt und zwar geschieht dies „vermöge des Gesetzes und unabhängig von dem Willen des Gemeinschuldners." (M.: 34.)

Ob dieser Verwalter, dem nach der Konkurs-Ordnung im Wesentlichen diejenige Thätigkeit zufällt, die im gemeinen Prozess unter den „Kurator" nnd den „Kontradiktor" vertheilt ist, als unmittelbarer Stellvertreter des Gemeinschuldners anzusehen ist, oder ob die Stellvertretung des Gemeinschuldners auf die Gläubiger übergeht und der Konkursverwalter lediglich als Vertreter der Gläubigerschaft erscheint, ist in der Theorie sehr bestritten und es findet sich auch in

den verschiedenen Gesetzgebungen der eine wie der andere Standpunkt vertreten.[1]) In der Konkurs-Ordnung ist die Frage nicht ausdrücklich entschieden und ebensowenig ist dies in den Motiven geschehen. Vielmehr wurde dort Folgendes bemerkt: „Welche Theorie die richtige ist, mag durch die Wissenschaft entschieden werden. Auf die praktischen Bestimmungen, welche der Gesetzgeber zu treffen hat, bleibt der Streit einflusslos. Auch wo die Gläubiger als Vertreter des Gemeinschuldners angesehen werden, muss, da nicht jeder einzelne Gläubiger neben dem anderen selbständig die Stellvertretung ausüben kann, die Bestellung eines Verwalters der Konkursmasse erfolgen, und wenn dieser dann auch unmittelbar als Vertreter der „Gläubigerschaft" erscheint, so ist er mittelbar zugleich Vertreter „der Masse", d. h. ihres Eigenthümers, des Gemeinschuldners. Wo andrerseits das Amt des Verwalters als eine Kuratel und gesetzliche Vertretung des Gemeinschuldners aufgefasst wird, hat diese doch in dem Konkursanspruch der Gläubiger ihren Grund und den Zweck, den letzteren zu verwirklichen. Immer hat der Verwalter für das Interesse der Gläubiger zu sorgen, und überall fällt das wohlverstandene Interesse der Gläubiger mit dem eines redlichen Schuldners zusammen. Ohne daher gesetzlich zu entscheiden, als wessen Vertreter der Verwalter in erster Linie erscheint, ordnet der Entwurf die Bestellung eines Verwalters an und sichert den Gläubigern auf die Auswahl des Verwalters und auf die gesammte Geschäftsführung desselben einen weitgehenden Einfluss." (M.: 16 u. 17.)

Nach diesen zutreffenden Ausführungen handelt es sich nicht darum, ob der Konkursverwalter Vertreter des Gemeinschuldners ist. Diese Eigenschaft kann demselben, da er das Vermögen des Gemeinschuldners verwaltet und die von ihm vorgenommenen Handlungen für denselben auch nach Beendigung des Konkurses bindend sind, gar nicht bestritten werden. Auch wird hieran dadurch nichts geändert, dass der Verwalter unter Umständen genöthigt ist, gegen den Gemeinschuldner vorzugehen, z. B. denselben zum Manifestationseid anzuhalten (§ 115) und dessen früher vorgenommene Rechtshandlungen anzufechten (§ 29). Die Befugnisse des Verwalters haben ihren Grund nicht im Willen des Gemeinschuldners, sondern im Gesetz (vergl. Bem. 3); er ist in keinem Falle als ein von demselben bestellter Bevollmächtigter, sondern als gesetzlicher Vermögensverwalter

[1]) Im gemeinen Prozess wurde der curator bonorum meist als Vertreter der Gesammtheit der Gläubiger angesehen (v. Schweppe § 98 S. 194, Bayer § 41 S. 10, Kori § 83 S. 151 ff.); doch wird auch die Ansicht, dass derselbe nicht die Gläubiger, sondern den Kridar vertrete, mit Entschiedenheit vertheidigt. (V. insbes. Fuchs: Konkursverfahren S. 52 ff.) Nach der preuss. K.-O. erscheint der Verwalter als Vertreter der „Gläubigerschaft", da das Verwaltungs- und Verfügungsrecht durch diese an Stelle des Gemeinschuldners ausgeübt wird und zu diesem Behufe die Bestellung eines Verwalters der Konkursmasse erfolgt. (§ 4 Abs. 2 und 3.) Die württ. C.-P.-O. sagt (in Art. 914): „Der Gantanwalt ist der gesetzliche Vertreter des Gemeinschuldners und der Gesammtheit der Gläubiger gegenüber den Ansprüchen der einzelnen Gläubiger und den Ansprüchen, durch welche die Aktivmasse verringer werden soll."

oder Güterpfleger anzusehen. Insbesondere beweist die Befugniss des Konkursverwalters, die Rechtshandlungen des Gemeinschuldners anzufechten, nichts gegen die obige Auffassung, denn dieses Recht steht auch dem Vormund eines Minderjährigen oder Entmündigten bezüglich der von seinem Mündel vorgenommenen Handlungen zu. Der Streit kann sich hiernach nur darum drehen, ob die dem Konkursverwalter zustehenden Befugnisse vom Gemeinschuldner unmittelbar auf ihn übergehen, und lediglich auf dem Gesetze beruhen, oder ob derselbe als Bevollmächtigter bezw. Stellvertreter der Gläubiger erscheint. Wird die Frage so gestellt, so kann aber kein Zweifel darüber bestehen, dass die erstere Auffassung die richtige ist. Zwar steht den Gläubigern das Recht zu, statt des vom Gericht ernannten Verwalters eine andere Person zu wählen bezw. dem Gericht vorzuschlagen (§ 72). Auch ist der Verwalter bezüglich der Vornahme mancher Handlungen an die Zustimmung des Gläubigerausschusses bezw. der Gläubigerversammlung gebunden (§§ 120—122). Aber aus diesen Vorschriften, die sich dadurch erklären, dass die Befriedigung der Konkursgläubiger als Zweck des Konkursverfahrens erscheint (§ 2), folgt nicht, dass der Konkursverwalter, der in der Ausübung seiner Befugnisse keineswegs in allen Beziehungen an die Vorschriften der Gläubiger gebunden ist, vielmehr, soweit keine beschränkenden Vorschriften bestehen, durchaus unabhängig von diesen gestellt ist, und auch den Beschlüssen der Gläubigerversammlung entgegentreten kann (§ 91), als Organ der Gläubiger anzusehen ist. Höchstens kann man sagen, dass derselbe mittelbar zufolge der ihm durch das Gesetz gestellten Aufgabe auch als Vertreter der Gläubiger erscheint, deren Interessen er zu wahren hat. [1]) Nach dem Wortlaut des § 5, der um so wichtiger ist, da in der preussischen Konkurs-Ordnung (§ 4) ausdrücklich gesagt war, dass das Verwaltungs- und Verfügungsrecht durch die Gesammtheit der Konkursgläubiger ausgeübt werde, ist vielmehr klar, dass die dem Gemeinschuldner entzogenen Befugnisse unmittelbar auf den Konkursverwalter übergehen und es ist nach dem ganzen System des Gesetzes die Annahme ausgeschlossen, dass ein Uebergang dieser Rechte auf die Gläubiger stattfinde, und der Verwalter als deren Vertreter anzusehen sei. (Vergl. § 2 Bem. I. 2—4.)

Hienach ist der Konkursverwalter als gesetzlich angeordneter Verwalter der Konkursmasse anzusehen, dessen Befugnisse sich lediglich nach dem Gesetz bestimmen, der aber allerdings den Zweck des Konkursverfahrens (die Befriedigung der Konkursgläubiger) immer im Auge zu behalten hat. [2])

[1]) So sagt Leonhard (Justizges. des Königreichs Hannover Bd. II S. 434): „Der Kurator ist nicht blosser Mandatar, sondern offizieller Vertreter des Gemeinschuldners, der im rechtlichen Interesse des Gemeinschuldners und darum im mittelbaren Interesse der Gläubiger handelt."

[2]) V. auch Fuchs: der deutsche Konkursprozess § 20 S. 103; von Sarwey § 5 Bem. 4 S. 25; Wengler § 5 Bem. 2 S. 91 ff. Von Völderndorff meint dagegen (S. 35 ff.), der Konkursverwalter könne weder als Vertreter des Gemeinschuldners, den er zum Manifestationseid treiben und dessen Handlungen er anfechten könne, noch als Vertreter der Gläubiger angesehen werden, sondern er sei der gesetzliche Güterpfleger der Masse und, wenn man in ihm durchaus einen Vertreter sehen wolle, der Vertreter der Masse.

2.

Wirksamkeit der vom Konkursverwalter vorgenommenen Rechtshandlungen. Verantwortlichkeit desselben.

Bezüglich der Befugnisse des Konkursverwalters, die im Einzelnen im zweiten Buche (§§ 107 ff.) geregelt sind, wurde in den Motiven bemerkt: „Der Verwalter ist berechtigt, alle Eigenthumsbefugnisse des Gemeinschuldners auszuüben, soweit das Gesetz selbst ihm nicht besondere Schranken auferlegt. Hat er thatsächlich wider den Zweck der Verwaltung verstossen, d. h. nachtheilig gehandelt, so kann er sich wohl dem Schuldner oder den Gläubigern verantwortlich machen, aber Alles, was er innerhalb der ihm auferlegten Schranken gethan hat, bleibt gültig sowohl gegenüber dem Gemeinschuldner, als gegenüber den Gläubigern und gegenüber jedem Dritten.“ (M.: 34.)

Soweit es sich um das „zur Konkursmasse gehörige Vermögen“ handelt, hat der Konkursverwalter alle diejenigen Befugnisse, die ohne den Konkurs dem Gemeinschuldner zustehen würden, und es sind die von ihm vorgenommenen Handlungen für den Gemeinschuldner ebenso bindend, als ob er dessen Bevollmächtigter wäre. Nur ist er, da seine Vollmacht nicht auf dem Willen des Gemeinschuldners, sondern auf dem Gesetz beruht, vom Gemeinschuldner ganz unabhängig, und dieser kann sich, wenn er seine Interessen gefährdet glaubt, lediglich an das Konkursgericht wenden, unter dessen Aufsicht der Konkursverwalter steht und das gegen denselben Ordnungsstrafen festsetzen und ihn unter Umständen entlassen kann (§§ 75 und 76). Als allgemeine Richtschnur für die Verwaltung dient die Vorschrift des § 74, „dass der Verwalter die Vorschrift eines ordentlichen Hausvaters anzuwenden hat.“ Bezüglich einzelner Handlungen hat derselbe (nach §§ 121—123) die Genehmigung des Gläubigerausschusses bezw. der Gläubigerversammlung einzuholen. Hat er dies unterlassen, so bleiben aber die von ihm vorgenommenen Handlungen Dritten gegenüber dennoch in Kraft (§ 124).

3.

Aufgabe des Konkursverwalters im Allgemeinen. Umfang der Befugnisse desselben.

Die dem Konkursverwalter zugewiesene Aufgabe besteht in der Hauptsache darin, dass er die zur Masse gehörigen Gegenstände zu verwerthen, und, solange dies nicht geschehen kann, zu verwalten hat. Diese Aufgabe lässt sich aber nicht immer auf einfache Weise lösen, sondern es kann hiezu, namentlich wenn es sich um Fortführung eines Geschäfts handelt, die Vornahme von selbstständigen Rechtshandlungen und die Uebernahme neuer Verbindlichkeiten nothwendig sein. In solchen Fällen ist der Konkursverwalter, wie auch in den Motiven hervorgehoben wurde, berechtigt, Alles zu thun, was mit dem Zwecke vereinbar ist, die Masse und die ihr enthaltenen Rechte zu verwerthen. „Um die Verwerthung nicht zu beengen, wird man dem Verwalter auch das Recht zugestehen müssen, neue Rechtsgeschäfte einzugehen oder die noch fehlende Unterschrift des Gemeinschuldners zu ergänzen.“ (M.: 34.) „Namentlich aber

wird der Verwalter zur Verwerthung der Masse oft genöthigt sein, Kaufverträge abzuschliessen, oder Darlehen aufzunehmen, und Gegenstände der Masse zu verpfänden.“ (M.: 35.) Dass durch die in dieser Weise übernommenen Verbindlichkeiten auch der Gemeinschuldner verpflichtet wird, und diese Verpflichtung geltend gemacht werden kann, wenn der Konkurs aufgehoben worden ist, versteht sich nach den obigen Ausführungen von selbst.

Zu Freigebungen aus der Masse ist der Konkursverwalter an sich, d. h. sofern die in Frage stehenden Gegenstände in vortheilhafter Weise verwerthet werden können, nicht befugt. Doch kann es wohl gerechtfertigt sein, dass er die Verwerthung bestimmter Sachen, weil dabei kein Ueberschuss über die Kosten zu erwarten ist, unterlässt oder auf die Geltendmachung gewisser Forderungen oder sonstiger Ansprüche, weil dieselben bestritten sind, und voraussichtlich nur Kosten für die Masse entstehen, verzichtet. Tritt ein solcher Fall ein, so fällt, wenn die Ansprüche der Konkursmasse endgültig aufgegeben werden, die Verfügung über die fraglichen Gegenstände bezw. Forderungen dem Gemeinschuldner zu. Dieser ist, da sein Eigenthumsrecht fortbesteht, und die Beschränkung des § 5 weggefallen ist, berechtigt, auf seine Gefahr und Kosten die Verwerthung bezw. die Durchführung eines Prozesses zu unternehmen. (Vergl. §§ 8 ff. Bem. II. 1.)

4.

Wechselrechtliche Fragen. Befugniss zur nachträglichen Unterschrift. Präsentation und Protest.

Im Anschluss an die in Bem. 3 mitgetheilten Ausführungen wurde in den Motiven gesagt: „Hatte der Gemeinschuldner ein Wechselaccept mit der Berechtigung erworben, jederzeit auf dasselbe seinen Namen als Aussteller zu setzen, bisher aber dies zu thun verabsäumt, so wird der Verwalter, um das Accept verwerthbar zu machen, die fehlende Unterschrift ausfüllen dürfen. Diese und ähnliche Fälle ereignen sich häufig. Desshalb ist die Vorschrift des amerikanischen Gesetzes, dass der bankrupt verpflichtet sei, nach Anweisung des Verwalters jedes Schriftstück zu vollziehen, welches nöthig ist, um diesen in den Stand zu setzen, über alle activa zu verfügen, wohl erklärlich; sie ist aber nicht praktisch, weil die Unterschrift des Gemeinschuldners im Falle seiner Weigerung oder Abwesenheit erst durch eine richterliche Prozedur ergänzt werden müsste, und ist entbehrlich, weil man den Verwalter zur Ausübung dieses Rechtes gesetzlich für befugt halten muss. Bei den hievon abweichenden Entscheidungen des preuss. Obertribunals vom 31. März 1857 (Entscheid. Bd. 35 S. 445 ff.) und vom 12. Dezember 1865 (Striethorst 60. S. 293) könnte es nöthig erscheinen, diese Frage durch eine Gesetzesbestimmung zu entscheiden. Allein dies würde zur Kasuistik führen. Das Gesetz kann nur das Prinzip aufstellen und muss die Anwendung desselben der Praxis überlassen.“ (M.: 35, insbes. Bem. 1.)

Im Gegensatz zur Auffassung des pr. Obertribunals kann hier nur der in den Motiven aufgestellten Ansicht zugestimmt werden. Das Recht der Ausfüllung des Wechsels haftet, wie in einem Erkenntniss des R.-O.-H.-G. vom 4. Sept. 1874 (Entscheid. Bd. 14 S. 54 ff.) mit Rücksicht auf die Erben des Blanketempfängers

ausgeführt wurde, „keineswegs an der Person des Empfängers, kann vielmehr, soweit nicht eine besondere Abrede entgegensteht, auch auf dritte Personen übertragen werden“ und es „liegt auch kein Grund vor, anzunehmen, dass dasselbe nur im Wege des Vertrags und überhaupt eines Willensakts, nicht aber auch durch das Gesetz übertragen werden könne, dass es also in jenen Fällen, wo kraft Gesetzes eine Person in die Rechte einer anderen eintritt, nicht von selbst übergehe.“ [1])

In Beziehung auf das Wechselrecht ist ferner noch die Frage streitig, ob die Präsentation zur Zahlung, sowie die Protesterhebung Mangels Zahlung, deren Nothwendigkeit durch das Konkursverfahren keineswegs beseitigt wird, bei dem in Konkurs gerathenen Acceptanten selbst zu erfolgen habe, wie mit Rücksicht auf die formale Bedeutung des Protestes von der einen Seite behauptet wird, oder ob dieselbe bei dem Konkursverwalter als dessen Vertreter geschehen müsse. Auch entsteht derselbe Zweifel, wenn es sich um Protest Mangels Annahme bei dem in Konkurs befindlichen Bezogenen oder um Präsentation und Protesterhebung bei dem Domiciliaten handelt. Dass in allen diesen Fällen die Protesterhebung in wirksamer Weise bei dem Gemeinschuldner selbst erfolgen kann, wird nicht bestritten werden können, da nur dessen Unfähigkeit bezw. Mangel an Bereitwilligkeit zur Zahlung konstatirt werden muss, und der Wechselinhaber nicht verpflichtet ist, sich an eine andere Person zu wenden. Dafür, dass auch der Protest bei dem Verwalter genügt, lässt sich geltend machen, dass der Gemeinschuldner nach § 5 gar nicht mehr gültig zahlen kann, also die Unmöglichkeit, Zahlung zu erlangen, durch die Präsentation bei dem Verwalter und den darauf gefolgten Protest in genügender Weise festgestellt wird. Da aber die Möglichkeit besteht, dass der Gemeinschuldner durch einen Dritten, z. B. durch einen Regresspflichtigen in die Lage gesetzt wird, Zahlung zu leisten, ist die Wirksamkeit des bei dem Verwalter erhobenen Protestes immerhin zweifelhaft und wird es sich empfehlen, entweder bei dem Gemeinschuldner und dem Konkursverwalter, oder wenn dies nicht geschehen kann oder soll, bei dem Gemeinschuldner Protest zu erheben. [2])

[1]) Dass der Gemeinschuldner in einem solchen Falle befugt ist, den Wechsel unter Zustimmung des Verwalters als Aussteller für die Masse zu unterzeichnen, hat das R.-O.-H.-G. am 18. Sept. 1874 (Entscheid. Bd. 14 Nr. 25 S. 56 ff.) ausdrücklich entschieden. Es kann aber auch kein Zweifel bestehen, dass der Verwalter, auf den die ganze Vermögensverwaltung übergeht zur Ausfüllung befugt ist. V. auch Hullmann § 5 Bem. 8 S. 69 ff., und von Völderndorff § 5 Bem. h. S. 114.

[2]) Das preuss. Obertribunal hat am 5. Okt. 1862 (Entscheid. Bd. 62 S. 353 ff.) erkannt, dass die Protesterhebung bei dem Konkursverwalter genüge, übrigens auch die Protesterhebung bei dem Acceptanten selbst in wirksamer Weise erfolgen könne. Dagegen entschied das O.-A.-G. in Darmstadt am 16. April 1853, und das O.-A.-G. Dresden am 25. Aug. 1859, dass der Protest gegen den Acceptanten erhoben werden müsse. (Seuffert Archiv Bd. 14 Nr. 56 S. 82 ff.) Dass die Protesterhebung bei dem Masseverwalter erhoben werden könne, ja bei diesem erhoben werden müsse, erkannte der oberste Gerichtshof in Wien am 30. Juni 1864 (Seuffert, Archiv Bd. 21 Nr. 190 S. 320 ff.)

5.

Annahme von letztwilligen Verfügungen. Verzicht auf dieselben.

Soweit es sich um Annahme oder Ausschlagung von letztwilligen Verfügungen handelt, steht dem Konkursverwalter die Befugniss zur Vornahme der einen oder anderen Rechtshandlung selbstverständlich nur dann zu, wenn die betr. Erbschaft bezw. das Vermächtniss überhaupt zur Konkursmasse gehört. (Vergl. Bem. III. 3 zu § 1.)

Erbschaften und Vermächtnisse, die erst nach der Konkurseröffnung erworben werden bezw. als nachher erworben gelten, fallen in keinem Falle in die Konkursmasse, sondern es ist lediglich Sache des Gemeinschuldners, ob er dieselben annehmen oder darauf verzichten will. Bezüglich der Erbschaften oder Vermächtnisse, die zu dem zur Zeit der Konkurseröffnung vorhandenen Vermögen zu rechnen sind (§ 1), steht dem Konkursverwalter die Entscheidung darüber zu, ob er dieselben für die Masse erwerben oder auf den Erwerb verzichten will, und hat er demnach auch diejenigen Handlungen vorzunehmen, die zur Verwirklichung oder Abwendung des Erwerbs erforderlich sind. Wenn der Konkursverwalter Erbschaften oder Vermächtnisse für die Masse aufgeben will, hat er übrigens nach § 122 Z. 2 die Genehmigung des Gläubigerausschusses bezw. der Gläubigerversammlung einzuholen.

Verzichtet der Konkursverwalter in wirksamer Weise auf eine dem Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung zugefallene Erbschaft bezw. auf ein Vermächtniss, so fallen dieselben nicht in die Masse, und es können demnach die Konkursgläubiger keinerlei Anspruch darauf machen. Es folgt aber hieraus keineswegs, dass dem Gemeinschuldner, weil ihm bloss die Befugniss entzogen ist, sein „zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und darüber zu verfügen", das Recht zustehe, die Erbschaft oder das Vermächtniss für sich zu erwerben. Hat der Konkursverwalter in seiner Eigenschaft als Vertreter des Gemeinschuldners die Erbschaft oder das Vermächtniss abgelehnt, so ist diese Rechtshandlung vielmehr auch für diesen bindend. Es liegt nicht eine Freigebung aus der Masse, sondern ein Verzicht auf den Erwerb vor, der auch den Gemeinschuldner hindert, Erbe bezw. Vermächtnissnehmer zu werden. Nimmt der Verwalter dagegen an, so kann er wohl auf alle oder einzelne Vermögensstücke zu Gunsten des Gemeinschuldners verzichten, die Masse aber nicht von den Verpflichtungen befreien, die an die Annahme geknüpft sind. [1])

Nimmt der Konkursverwalter eine Erbschaft an, so können die Nachlassgläubiger und Vermächtnissnehmer, soweit ihnen nach den Bestimmungen der Landesgesetze ein Absonderungsrecht zusteht, abgesonderte Befriedigung aus den Nachlassgegenständen verlangen (§ 43). Sollte der Nachlass nicht hinreichen, um alle Ansprüche gegen denselben zu befriedigen, so können sich die Gläubiger und Vermächtnissnehmer, soweit sie nicht befriedigt wurden, an die Konkursmasse halten, die alle Verpflichtungen, die dem Erben obliegen, zu erfüllen hat. In dieser Beziehung sind sie aber als einfache Konkursgläubiger anzusehen. Dieselben bleiben

[1]) V. Hullmann § 5 Bem. 10 S. 71 ff. A. M. ist von Völderndorff ebendas. S. 115.

jedoch, sofern sie nicht vollständig befriedigt wurden, auch Gläubiger des Gemeinschuldners, der durch die Erklärungen des Konkursverwalters, wenn auch vielleicht gegen seinen Willen, Erbe geworden bezw. geblieben ist. Daraus ergibt sich, dass der Konkursverwalter, der ja die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters anzuwenden hat (§ 74), sofern nicht ganz unzweifelhaft feststeht, dass sich aus einer Erbschaft ein Ueberschuss ergeben wird, von der Rechtswohlthat des Inventa r Gebrauch machen muss, und es kann derselbe, wenn er dies unterlässt, obgleich die K.-O. nicht vorschreibt, dass die Annahme von Erbschaften stets unter Wahrung dieser Rechtswohlthat zu geschehen habe, sich sowohl den Gläubigern als dem Gemeinschuldner gegenüber verantwortlich machen. Hat der Verwalter die betr. Erbschaft unbedingt angenommen, so ist der Gemeinschuldner dadurch unbedingter Erbe geworden und kann nicht etwa seinerseits von der Rechtswohl that des Inventars Gebrauch machen.[1])

§ 6.

Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Verfahrens vorgenommen hat, sind den Konkursgläubigern gegenüber nichtig.

Dem anderen Theile ist die Gegenleistung aus der Masse zurückzugewähren, soweit letztere durch dieselbe bereichert ist.

Hat der Gemeinschuldner Rechtshandlungen am Tage der Eröffnung des Verfahrens vorgenommen, so wird vermuthet, dass sie nach der Eröffnung vorgenommen worden sind.

(E.: § 6. M : 35 ff. K.: 9 ff. pr. K.-O. §§ 5 u. 43.)

I.

Nichtigkeit der nach der Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen.

(Abs. 1 und 3.)

1.

Allgemeine Bemerkungen.

Aus der Vorschrift des § 5 Abs. 1 folgt von selbst, dass diejenigen Handlungen des Gemeinschuldners, welche die ihm durch diese Bestimmung entzogene Befugniss voraussetzen, unwirksam sind, wenn sie nach der Konkurseröffnung vorgenommen wurden. Es hätte desshalb einer ausdrücklichen Bestimmung, wie

[1]) V. Hullmann S. 47.

sie Abs. 1 des § enthält, gar nicht bedurft, um die Wirksamkeit derartiger Handlungen den Konkursgläubigern gegenüber auszuschliessen. (M.: 35.)[1] Andererseits kann aber auch kein Zweifel darüber bestehen, dass die Gesetzgeber nur diese Folgerung aus § 5 ziehen und nicht etwa, wie der Wortlaut des § schliessen lassen könnte, auch solche Handlungen treffen wollte, welche die Konkursmasse gar nicht berühren. In den Motiven wurde bezüglich der Fassung des Gesetzes bemerkt: „Jedenfalls ist, auch während des Konkursverfahrens, die Handlung des Gemeinschuldners überall da, wo die Konkursmasse nicht berührt wird, in völliger Geltung. Dies findet namentlich bei Zahlungen statt, welche der Schuldner aus anderen Mitteln leistet, und bei Verbindlichkeiten und Rechtsgeschäften, insoweit sie einen Einfluss auf die Konkursmasse nicht üben. Das Gesetz könnte daher die Nichtigkeit beschränken auf alle Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, „welche sich auf die Konkursmasse beziehen" (wie Art. 1210 der bayer. Pr.-O.), oder „welche sein zur Masse gehöriges Vermögen betreffen" (wie § 3 der österr. K.-O.), oder „auf alle vom Gemeinschuldner über das dem Konkursverfahren unterliegende Vermögen vorgenommene Rechtsgeschäfte" (wie § 9 des sächs. Entwurfs). Allein man wird von vielen Rechtshandlungen, insbesondere von neu eingegangenen Verbindlichkeiten nicht sagen können, dass sie „über die Konkursmasse eingegangen seien, oder dass sie diese betreffen oder sich auf diese beziehen"; und dennoch würden auch solche Rechtsgeschäfte im Stande sein, eine Wirkung auf die Konkursmasse auszuüben. Desshalb stellt der Entwurf die Beschränkung nur subjektiv in Ansehung der Konkursgläubiger und nicht auch objektiv in Ansehung des Gegenstandes auf; dies wird ausreichen. Denn überall, wo die Rede davon sein kann, dass die Konkursgläubiger die Rechtshandlungen als nicht geschehen sollen betrachten dürfen, muss eine Einwirkung auf die Masse vorliegen, und umgekehrt, wo solche vorhanden, ist die Rechtshandlung gegenüber den Konkursgläubigern nichtig." (M.: 36 und 37.) In der Reichstagskommission wurde ein von Goldschmidt gestellter Antrag, die Nichtigkeit ausdrücklich auf die Verfügungen über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen zu beschränken, zurückgezogen, nachdem Regierungskommissär Hagens die in den Motiven enthaltenen Ausführungen wiederholt hatte. (K.: 9 und 10.)[2]

[1]) Auch nach französischem und englischem Recht wird die Nichtigkeit der fraglichen Handlungen angenommen, obgleich dieselbe nicht ausdrücklich angenommen ist.

[2]) V. Völderndorff bemerkt in Beziehung auf diese Frage (§ 6 Bem. c. S. 120), aus der im Gesetz gewählten Ausdrucksweise folge, dass auch diejenigen Handlungen des Gemeinschuldners, welche er unbeschränkt durch den Konkurs über neuen Erwerb u. s. w. vornehme, z. B. der Verzicht auf eine nach der Konkurseröffnung angefallene Erbschaft den Konkursgläubigern gegenüber ungültig seien. Diese Auffassung, welche allerdings nur unter besonderen Verhältnissen, z. B. wenn der Konkursverwalter das Handelsgeschäft des Gemeinschuldners fortbetreibt, und mit diesem, der ja ein neues Geschäft anfangen kann, Rechtsgeschäfte abschliesst, zu praktischen Unzuträglichkeiten führen würde, ist aber offenbar unhaltbar. Die Verfügungen des

Dass eine Handlung die Konkursmasse nicht bloss dann berührt, wenn sie die Wirkung hat, den Bestand der Masse zu vermindern, sondern auch diejenigen Handlungen, welche auf die Befriedigung einzelner Konkursgläubiger einwirken und geeignet sind, dieselben besser oder schlechter zu stellen, unter die Vorschrift des § fallen, ist unzweifelhaft. Diese kann aber auch dann zur Anwendung kommen, wenn sich weder eine unmittelbare Benachtheiligung der Masse als solcher, noch die eines einzelnen Konkursgläubigers nachweisen lässt. Auch in solchen Fällen kann die Befugniss zur Vornahme der Handlung dem Gemeinschuldner durch § 5 entzogen sein. In dieser Beziehung wurde in den Motiven (37) bemerkt: „Die Bremer Debitordnung spricht in §§ 22 und 23 nur von solchen Verfügungen: „durch welche die Masse benachtheiligt oder das Rangverhältniss der Gläubiger verändert wird", und in ähnlichem Sinne wurde bei Berathung des belgischen Gesetzes der Antrag gestellt, den Zusatz aufzunehmen: „sauf les actes conservatoires". Eine solche Bestimmung würde jedoch unzweckmässig und gefährlich sein; gefährlich, weil sie dem Gemeinschuldner einen willkommenen Titel zur Einmischung bieten würde, und unzweckmässig, weil sich nicht bei jeder Handlung von vornherein übersehen liesse, ob und inwieweit sie die Masse benachtheiligen wird oder nicht. Das Gesetz gestattet dem Gemeinschuldner gar keine Einwirkung auf die Masse, und eine jede muss nichtig sein. Wenn trotzdem durch eine solche Einwirkung ein Vortheil für die Konkursmasse erreicht worden ist, so wird der Verwalter gewiss nicht den Vortheil zurückweisen." (M.: 37.)

2.

Bedeutung des Wortes „Rechtshandlungen".

Welche Rechtshandlungen des Gemeinschuldners unter die Vorschrift des § fallen, ist aus den in der vorigen Nummer aufgestellten Grundsätzen, nach welchen im Wesentlichen § 5 Abs. 1 massgebend ist, zu entnehmen. „Eine Exemplifikation der nichtigen Handlungen, wie sie § 5 der pr. K.-O. enthält, erschien weder nothwendig noch empfehlenswerth." (M.: 37.)[1] Der Ausdruck „Rechtshandlungen" wurde in der Reichstagskommission von G o l d s c h m i d t bemängelt, und desshalb in dessen Abänderungsantrag (vergl. Bem. 1), „weil die gewöhnliche Formulirung dem Bedürfniss vollständig entspreche", dem Ausdruck „Verfügungen" der Vorzug gegeben. Der Antrag wurde aber zurückgezogen,

Gemeinschuldners über sein nicht zur Konkursmasse gehöriges Vermögen, durch welche die Konkursgläubiger gar nicht berührt werden, können durch die Vorschrift des § sowenig betroffen werden, als Handlungen, die sich gar nicht auf das Vermögen beziehen. V. auch von Sarwey § 6 Bem. 1 S. 28.

[1]) § 5 Abs. 1 pr. K.-O. lautet: „Alle Verfügungen und Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung vornimmt, sind in Beziehung auf die Gläubigerschaft nichtig, namentlich alle eingegangenen Verbindlichkeiten, alle geleisteten Zahlungen, alle den einzelnen Gläubigern eingeräumten Pfandrechte und Hypothekenrechte, alle vorgenommenen Veräusserungen, Verschreibungen, Befreiungen und Entsagungen."

nachdem Regierungsrath Hagens bemerkt hatte: „Unter einer Rechtshandlung im Sinne von § 6 sei jede verpflichtende Erklärung des Gemeinschuldners zu verstehen, welche eine Rückwirkung auf die Masse haben könne. Es brauche sich nicht immer um neu eingegangene Rechtsgeschäfte, sondern könne sich auch um Uebernahme accessorischer Verbindlichkeiten, um Anerkenntniss bereits vor der Konkurseröffnung eingegangener Verpflichtungen u. s. w. handeln." (K.: 9 und 10.)

Nach den aufgestellten Grundsätzen und den gegebenen Beispielen wird es nicht schwer sein zu bestimmen, welche Handlungen durch die Vorschrift des § betroffen werden. Jede Thätigkeit des Gemeinschuldners, welche als Ausübung des Verwaltungs- oder Verfügungsrechts über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen desselben erscheint, und hienach rechtlich die Konkursansprüche der Gläubiger berührt, ist nach § 6 als nichtig anzusehen, ohne dass es darauf ankommt, ob dieselbe gerade als „Rechtsgeschäft" oder als „Verfügung" über die Konkursmasse bezeichnet werden kann, oder ob sie eine Benachtheiligung der Konkursgläubiger thatsächlich zur Folge hat. Als nichtig erscheinen insbesondere diejenigen Handlungen, durch welche eine auf die Thätigkeit des Gemeinschuldners gestellte Bedingung erfüllt wird. (M. zu § 60 S. 279.)

3.

Rechtshandlungen der Bevollmächtigten des Gemeinschuldners.

Im Gesetz ist nur von Rechtshandlungen die Rede, welche der „Gemeinschuldner" vorgenommen hat. Es ist aber klar, dass die Konkursmasse auch durch solche Handlungen betroffen werden kann, welche von einem Bevollmächtigten oder sonstigen Stellvertreter desselben vorgenommen wurden. In den Motiven (37 ff.) wurde in dieser Beziehung bemerkt: „In einzelnen Gesetzgebungen wird ein besonderer Fall geregelt. Er betrifft die von einem Bevollmächtigten des Gemeinschuldners nach der Eröffnung des Verfahrens vorgenommenen Rechtsgeschäfte. Die bayer. Pr.-O. (Art. 1211) macht die Verbindlichkeit der von dem Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten eines kaufmännischen Gemeinschuldners abgeschlossenen Geschäfte, in der Weise des Art. 46 H.-G.-B., von der Bekanntmachung des Ganterkenntnisses durch die zur Veröffentlichung bestimmten Blätter abhängig, und der Entwurf einer hess. Pr.-O. beurtheilt, ähnlich wie § 37 Th. I Tit. 50 der pr. A.-G.-O., die Rechtshandlungen besonderer Verwalter von auswärtigen Vermögenstheilen, solange ihnen die Vermögensbeschlagnahme nicht bekannt gemacht ist, so, als ob die Handlungen vor Erlass des Ganterkenntnisses erfolgt seien (Art. 822). Die meisten Gesetzgebungen aber enthalten sich einer derartigen, kasuistischen Entscheidung. Der Fall muss, wenn nicht noch andere, ebenso wichtige Fälle zum Gegenstand gesetzlicher Bestimmung gemacht werden sollen, durch die Theorie und Praxis erledigt werden." Eine folgerichtige Anwendung des in Abs. 1 des § aufgestellten Grundsatzes führt zu dem Ergebniss, dass alle diejenigen, nach Eröffnung des Konkursverfahrens vorgenommenen, Rechtshandlungen, welche nichtig wären, wenn sie der Gemeinschuldner selbst vorgenommen hätte, auch dann als nichtig angesehen werden müssen, wenn sie von einem Bevollmächtigten vorgenommen wurden, und dass alle entgegen-

stehenden Vorschriften des Konkursrechts oder bürgerlichen Rechts aufgehoben sind. Die in § 6 angedrohte Nichtigkeit hat ihren Grund in der mangelnden Dispositionsbefugniss des Gemeinschuldners und tritt, soweit nicht besondere Vorschriften bestehen (vergl. § 7), auch dann ein, wenn die Personen, welche mit dem Gemeinschuldner Verträge abschlossen, von der Konkurseröffnung keine Kenntniss hatten. Die von einem Bevollmächtigten vorgenommenen Rechtshandlungen können aber unter allen Umständen nur dieselbe Wirkung haben, als ob sie vom Gemeinschuldner selbst ausgegangen wären, und es kann nicht darauf ankommen, ob der Dritte, der mit einem Bevollmächtigten verhandelte, zur Zeit der in Frage stehenden Handlung wusste, dass der Konkurs über den Auftraggeber verhängt sei. Art. 1211 der bayer. Pr.-O., der eine davon abweichende Vorschrift enthält, ist schon nach § 4 des Einf.-Ges. aufgehoben, würde aber jedenfalls durch die Vorschrift des § 6 beseitigt. Ebenso kann die Bestimmung des pr. Landrechts Th. I Tit. 13 § 200, nach welcher ein mit dem Bevollmächtigten abgeschlossenes Geschäft dann in Kraft bleibt, wenn der Dritte erst nachher von der eingetretenen Unfähigkeit des Machtgebers Wissenschaft erlangt hat, soweit es sich um das Konkursverfahren handelt, nicht mehr zur Anwendung kommen. Dass diejenigen Vorschriften, durch welche (wie in Art. 2008 des Code civil und Art. 46 H.-G.-B.) lediglich vorgeschrieben wird, dass das Erlöschen der Vollmacht bezw. der Prokura einem Dritten nicht entgegengehalten werden kann, wenn er von demselben keine Kenntniss hatte oder dasselbe nicht vorschriftsmässig bekannt gemacht wurde, der Anwendung des § 6 nicht im Wege stehen können, ist selbstverständlich. Es handelt sich hier gar nicht um ein Erlöschen der Vollmacht oder Prokura; die Vollmacht behält vielmehr ihre volle Kraft, und es sind die vom Bevollmächtigten vorgenommenen Handlungen ungeachtet des Konkursverfahrens ebenso zu beurtheilen, als ob sie der Auftraggeber selbst vorgenommen hätte. Eine grössere Bedeutung kann denselben aber nicht beigelegt werden. In den Motiven (38) wurde zwar der Umstand, „dass die bürgerlichen Rechte in der Beurtheilung der Frage, ob die nach dem Erlöschen des Auftragsverhältnisses vom Beauftragten mit einem Dritten vorgenommenen Rechtshandlungen den Auftraggeber verpflichten, nicht mit einander übereinstimmten“, auch als Grund dafür angeführt, dass eine besondere Vorschrift nicht zu erlassen sei. Es handelt sich aber hier offenbar um eine ganz andere Frage. Auch wurde in den Motiven (a. a. O.) weiter bemerkt: „Doch wird in diesem Umstande nicht allein die Entscheidung der oben gestellten Frage zu finden sein.[1])

4.

Zeit, zu der die Rechtshandlung vorgenommen wurde.

(Abs. 3 des §.)

Die Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner oder ein Bevollmächtigter desselben vor der Konkurseröffnung, d. h. vor der Stunde, welche

[1]) V. von Sarwey § 6 Bem. 3 S. 29 ff., und von Völderndorff ib. Bem. b. S. 117 ff.

nach § 100 massgebend ist, vorgenommen hat, werden durch die Vorschrift des § 6 nicht betroffen, sondern unterliegen nur unter Umständen der Anfechtung (§§ 22 ff.). Da die Stunde, zu der die Vornahme der Handlung erfolgte, nicht immer leicht festzustellen ist, wird in Abs. 3 des § bezüglich der am Tage der Konkurseröffnung vorgenommenen Handlungen die Vermuthung aufgestellt, dass dieselben vor Eröffnung des Verfahrens vorgenommen worden seien. Zur Rechtfertigung dieser Vorschrift wurde in den Motiven (39) bemerkt: „Der Augenblick in dem das betr. Rechtsgeschäft vorgenommen wurde, wird sich leicht feststellen lassen, wenn der Tag der Vornahme und der Tag der Eröffnung des Konkursverfahrens auseinander liegen, schwer aber, wenn beide zusammenfallen. Die Erfahrung lehrt, dass noch in den letzten Augenblicken häufig Rechtshandlungen zum Nachtheil der Gläubiger vorgenommen werden. Den Gläubigern wird daher ein praktischer Vortheil von der Bestimmung des § 6 nur dann gesichert werden können, wenn das Gesetz die Vermuthung aufstellt, dass Alles, was der Gemeinschuldner am Tage der Eröffnung des Verfahrens vorgenommen hat, nach der Eröffnung geschehen ist. Diese Vermuthung rechtfertigt sich durch den Verdacht, der allen erst an diesem Tage erfolgten Operationen anklebt; ihre Aufstellung kann um so weniger einem Bedenken unterliegen, als sie dem andern Theile den Gegenbeweis offen lässt."

5.

Wirkungen der Nichtigkeit. Beschränkung derselben auf die Konkursgläubiger.

Während die Rechtshandlungen, von denen in Titel III (§§ 22 ff.) gehandelt wird, nur der Anfechtung unterliegen, und solange sie nicht angefochten und vom Gerichte für ungültig erklärt werden, in voller Wirksamkeit bleiben, sind die Handlungen, welche durch die Vorschrift des § 6 betroffen werden, kraft Gesetzes als unwirksam anzusehen. „Die Ungültigkeit ist eine Nichtigkeit. Nicht ein besonderer Umstand ausserhalb der Rechtshandlung ist es, welcher diese ungültig macht, die Rechtshandlung selbst ist vermöge inneren Mangels wegen der fehlenden Verfügungsfähigkeit ohne rechtliche Wirkung, daher bedarf es nicht erst einer Thätigkeit, insbesondere nicht eines Rechtsmittels, um die Ungültigkeit der Verfügungen des Gemeinschuldners herbeizuführen." (M.: 35.) Die Nichtigkeit, um welche es sich handelt, ist jedoch keine absolute, sondern eine relative, da sie nicht allen Personen, sondern nur den Konkursgläubigern gegenüber wirkt, und namentlich der Gemeinschuldner selbst sich auf dieselbe nicht berufen kann. In dieser Beziehung wurde in den Motiven hervorgehoben: „Die Nichtigkeit besteht gegenüber den Konkursgläubigern ohne Unterschied, ob sämmtliche oder nur einzelne von ihnen durch die Handlung des Gemeinschuldners als benachtheiligt erscheinen möchten; sie wird stets durch den Konkursverwalter geltend gemacht, denn er vertritt die allemal durch die nichtige Handlung betroffene Masse. Die Nichtigkeit besteht aber nur gegenüber den Konkursgläubigern; denn nur diese sind es, welche in ihrem Rechte auf ungeschmälerte Befriedigung aus der Konkursmasse gegen jede Verfügung des Gemeinschuldners gesichert werden sollen. Es ist desshalb zwar folgerichtig, wenn die Bremer

Debitordnung (§ 24) und die Lübecker Konkursordnung (§ 22) vorschreiben: „dass sich auf die Nichtigkeit weder der betheiligte Dritte noch der Gemeinschuldner selbst soll berufen dürfen"; solche Vorschrift ist aber, weil sie nichts als eine Folge des ausgesprochenen Grundsatzes enthält, im Gesetze entbehrlich.[1]) Nur ist bei Anwendung des Grundsatzes stets davon auszugehen, dass die Nichtigkeit keineswegs in einer verminderten oder gar aufgehobenen Handlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners, sondern lediglich in der Unfähigkeit desselben, über die Konkursmasse zu verfügen, ihren Grund hat. Diese Unfähigkeit ist, was den Gegenstand und die Zeitdauer und die in Betracht kommenden Personen betrifft, eine beschränkte, und dadurch ist die Nichtigkeit beschränkt. Die Rechtshandlung des Gemeinschuldners kann, wenngleich sie ein zur Konkursmasse gehöriges Vermögensstück zum Gegenstand hat, für den Gemeinschuldner und andere Personen, als die Konkursgläubiger, verbindlich sein, und sie kann unter Umständen selbst den früheren Konkursgläubigern gegenüber nach Aufhebung des Konkursverfahrens und nach Wiedererlangung der Verfügungsfähigkeit verbindliche Kraft erlangen. Inwieweit dies der Fall, inwieweit insbesondere Veräusserungen und Verpfändungen von Sachen der Konkursmasse nach Beendigung des Konkursverfahrens konvalesziren können, ist nach bürgerlichem Recht zu beurtheilen." (M.: 36.) In gleichem Sinne äusserte sich der Regierungskommissär Hagens in der Reichstagskommission, indem er noch beifügte: „Im Gegensatz zu der vom preussischen Obertribunal vertheidigten Ansicht, nach welcher auch nach Aufhebung des Konkurses jeder frühere Konkursgläubiger sich auf die Nichtigkeit solle berufen können, solle diese Frage je nach dem bürgerlichen Rechte beurtheilt werden. Bald werde die Nichtigkeit als von selbst geheilt angesehen werden, bald die Handlung unter gewissen hinzutretenden Umständen rekonvalesziren können, oder es werde auch bei der Nichtigkeit sein Bewenden behalten. Das Partikularrecht sei in dieser Hinsicht verschieden, namentlich kämen die verschiedenen Pfandrecht- und Grundbuch-Systeme in Betracht." (K.: 10.)[2])

Man darf übrigens nicht annehmen, dass die Nichtigkeit nach Aufhebung des Verfahrens überhaupt nicht mehr geltend gemacht werden könne, also auch ein Konkursgläubiger sich nicht mehr darauf berufen dürfe. Vielmehr wird dieser, wie in der Reichstagskommission (10) von Hullmann hervorgehoben wurde, die Nichtigkeit geltend machen dürfen, „insoweit derselbe als Konkurs-

[1]) Dass der Gemeinschuldner und seine Rechtsnachfolger die Nichtigkeit nicht nach Beendiguug des Konkursverfahrens für sich geltend machen können, wurde auch unter der Herrschaft des gemeinen Prozesses entschieden. V. Seuffert Archiv Bd. 9 Nr. 242 Bd. 30 Nr. 295; Entscheidung des R.-O.-H.-G. Bd. 13 S. 93.

[2]) Das Erk. des preuss. Obertribunals vom 17. Nov. 1868 (Striethorst, Archiv Bd. 73 S. 99 ff.) kommt in dieser Beziehung nicht weiter in Betracht, weil dieses Gericht lediglich auf Grund des § 5 pr. K.-O. annahm, dass die Nichtigkeit auch nach Beendigung des Konkursverfahrens den einzelnen Gläubigern gegenüber wirke, bezw. die Geltendmachung der Nichtigkeit nicht bloss der Gesammtheit der Gläubiger („Gläubigerschaft") zustehe.

gläubiger auftritt", d. h. soweit die fragliche Rechtshandlung den Konkursanspruch der Gläubiger berührt. Sofern es sich um die Verfügung über ein zur Konkursmasse gehöriges Recht, z. B. um die Veräusserung eines erst nach Beendigung des Verfahrens ermittelten Massegegenstands, oder die Geltendmachung eines Eviktionsanspruchs handelt, wird die Vorschützung der Nichtigkeit nicht ausgeschlossen sein. [1])

II.

Rückgewähr.

1.

Rückgewähr an die Masse.

In Beziehung auf die Ansprüche, welche der Konkursmasse an solchen Gegenständen zustehen, welche ihr durch eine nichtige Rechtshandlung des Gemeinschuldners oder eines Bevollmächtigten desselben entzogen worden sind, wurde in den Motiven (38) bemerkt: „Aus der Nichtigkeit des von dem Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Verfahrens vorgenommenen Rechtsgeschäfts folgt von selbst, ohne dass das Gesetz, wie § 5 der preussischen Konkursordnung es thut, dies ausdrücklich auszusprechen brauchte, das Recht des Verwalters, alles das, was der Gemeinschuldner in Folge eines solchen Geschäfts geleistet und der Masse entzogen hat, für die Konkursgläubiger zurückzufordern. Hatte der Gemeinschuldner aus dem zur Konkursmasse gehörigen Vermögen eine Sache veräussert, oder eine Zahlung geleistet, so muss der Empfänger die Sache oder die Zahlung herausgeben, mag er im guten Glauben gewesen sein oder nicht, und mag er zum Empfang der gezahlten Summe an sich berechtigt gewesen sein oder nicht. Inwieweit er, wenn die Sache nicht mehr oder nicht in dem früheren Zustande zurückgewährt werden kann, zum Ersatz des Schadens verpflichtet ist, bestimmt sich nach den Regeln des Civilrechts über Rückgewähr des aus einem nichtigen Geschäfte Empfangenen." Diese Ausführungen sind vollkommen zutreffend, und es kann kein Zweifel darüber bestehen, dass derjenige, der zufolge eines mit dem Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung abgeschlossenen Rechtsgeschäfts oder durch eine einseitige Verfügung desselben, die nach § 6 als nichtig erscheint, in den Besitz eines zur Masse gehörigen Gegenstands gelangt ist, diesen herausgeben muss, da er denselben jedenfalls ohne Grund besitzt. Schwierigkeiten können nur dann entstehen, wenn dieser Gegenstand von der betr. Person an einen Dritten weiter veräussert worden ist, weil in diesem Falle die Grundsätze des bürgerlichen Rechts über die Ansprüche solcher Drittbesitzer zur Anwendung kommen können, und diese sehr verschieden sind. Die Frage, ob in dieser Beziehung nach dem Vorgange der pr. K.-O. (§ 5 Abs. 2 und § 43 Abs. 2), eine besondere Vorschrift zu erlassen sei, wurde in den Motiven (38) verneint und darauf hingewiesen, dass die Vorschriften der pr. K.-O. nicht überall auf die verschiedenen deutschen

[1]) V. hiezu von Sarwey § 6 Bem. 4 S. 30 ff.; von Völderndorff ib. Bem. d. B. S. 123 ff.; von Wilmowski § 6 Bem. 1 S. 66.

Civilrechte anwendbar seien, und namentlich für die Gebiete des französischen Rechts und die Länder, in denen der Grundsatz: „Hand muss Hand wahren" Geltung habe, ausserdem auf Art 74 W.-O. und die Art. 306. und 307 H.-G.-B. sowie viele Pfandrechtsysteme nicht passten.

2.

Rückgewähr aus der Masse.

(Abs. 2.)

Dass die Gegenstände, welche zufolge des nichtigen Geschäfts in den Besitz der Masse gelangt, von dieser dann herauszugeben sind, wenn die Rückgewähr der der Masse entzogenen Gegenstände von dem anderen Theile oder einem Dritten erzwungen werden konnte, ergibt sich von selbst aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, da der Verwalter diese Gegenstände ohne Rechtsgrund besitzt. Anders liegt die Sache dagegen, wenn der Anspruch der Masse auf Rückgewähr gar nicht oder nur theilweise verwirklicht werden konnte. In diesem Falle würde die Masse, wenn sie das als Gegenleistung Erhaltene herausgeben müsste, immerhin durch das nichtige Geschäft benachtheiligt werden; desshalb ist die Gegenleistung nur insoweit zurückzugewähren, als die Masse durch dieselbe bereichert ist. In den Motiven (38) wird zur Rechtfertigung dieses, schon in der pr. K.-O. (§ 43 Abs. 1) enthaltenen, Satzes bemerkt: „Die Konkursordnung hat sich auf den Satz zu beschränken, dass der andere Theil aus der Masse dasjenige, aber auch nur dasjenige zu fordern berechtigt ist, was durch das nichtige Geschäft in dieselbe gekommen ist. Die Masse soll durch das nichtige Geschäft weder bereichert noch verringert werden." Es ist hier der Schwerpunkt offenbar auf den letzten Satz zu legen. Ob und inwieweit die Masse bereichert ist, wird sich, wenn es sich um Leistungen handelt, die in Geld erfolgten, oder in Geld angeschlagen werden können, unschwer beurtheilen lassen. Auch ist in diesem Falle die Ausgleichung leicht zu bewerkstelligen, indem von der einen oder anderen Seite der Ueberschuss herauszuzahlen ist. Stehen andere Gegenstände in Frage, so hat die Rückgabe in Natur zu geschehen, und es ist, wenn dies nicht ausführbar ist, der Konkursverwalter offenbar berechtigt, die zur Masse gelangten Gegenstände solange zurückzuhalten, bis dieser das ihr Entzogene vollständig ersetzt ist. Erfolgt die Entschädigung nicht, so wird er, da der Anspruch auf Rückgewähr nur im Falle einer Bereicherung der Masse begründet ist, berechtigt sein, die betr. Sache mit den übrigen zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen zu veräussern, und nur den etwaigen Ueberschuss aus dem Erlös zu vergüten haben.

Der Anspruch auf Rückgewähr begründet nach § 52 Z. 3 eine Masseschuld. Soweit der andere Theil nicht aus der Masse befriedigt werden kann, bleiben ihm seine Entschädigungsansprüche gegen den Gemeinschuldner vorbehalten. Uebrigens steht der Anspruch auf Rückgewähr aus der Masse nicht blos demjenigen zu, mit dem der Gemeinschuldner ein nach § 6 nichtiges Rechtsgeschäft abgeschlossen hatte, sondern auch dem Dritten, der einen der Masse entzogenen Gegenstand an diese zurückerstatten musste. In einem solchen Falle

ist dieser, der nicht schlechter gestellt werden darf, als derjenige, der mit dem Gemeinschuldner einen Vertrag abschloss, als „der andere Theil" anzusehen. [1])

§ 7.

Eine Leistung, welche auf eine zur Konkursmasse zu erfüllende Verbindlichkeit nach der Eröffnung des Verfahrens an den Gemeinschuldner erfolgt ist, befreit den Erfüllenden den Konkursgläubigern gegenüber nur insoweit, als das Geleistete in die Konkursmasse gekommen ist.

War die Leistung vor der öffentlichen Bekanntmachung der Eröffnung erfolgt, so ist der Erfüllende befreit, wenn nicht bewiesen wird, dass ihm zur Zeit der Leistung die Eröffnung des Verfahrens bekannt war.

War die Leistung nach der öffentlichen Bekanntmachung erfolgt, so wird der Erfüllende befreit, wenn er beweist, dass ihm zur Zeit der Leistung die Eröffnung des Verfahrens nicht bekannt war.

(E.: § 7. M.: 39 ff. K.: 10 ff. pr. K.-O. § 7.)

1.

Allgemeiner Grundsatz.

„Wie die Handlungen und Leistungen, welche von dem Gemeinschuldner erfolgt sind, so müssen auch die nach eröffnetem Verfahren an ihn geschehenen Leistungen gegenüber den Konkursgläubigern nichtig sein. Daher enthält der § 7 im ersten Absatz die Regel, dass solche Leistungen von der Erfüllung nur soweit befreien, als das Geleistete zur Konkursordnung gekommen ist." (M.: 39.) Die dem Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung zustehenden Ansprüche können sonach vom Konkursverwalter ohne Rücksicht auf die nach der Eröffnung des Verfahrens an denselben geschehenen Zahlungen oder sonstigen Leistungen geltend gemacht werden, und es ist der Schuldner, soweit nicht der in Absatz 2 und 3 vorgesehene Ausnahmefall vorliegt, von der Verpflichtung zur nochmaligen Zahlung oder Leistung nur insoweit befreit, als er nachweisen kann, dass das Geleistete in die Konkursmasse gekommen, diese demnach befriedigt worden ist. Die in Frage stehende Leistung wird, soweit es sich um die Konkursgläubiger handelt, als nicht geschehen betrachtet, es ist also eine Anfechtung derselben ebensowenig erforderlich, als dies bezüglich der vom Gemeinschuldner vorgenommenen Leistungen der Fall ist. Dass die Leistungen, welche sich auf

[1]) V. von Völderndorff § 6 Bem. g. S. 128.

einen gar nicht zur Konkursmasse gehörigen Anspruch beziehen, durch die Vorschrift des § nicht betroffen werden, ist im Gesetz ausdrücklich ausgesprochen und würde sich auch ohnedies von selbst verstehen. Ebenso ist es selbstverständlich, dass der Schuldner durch die an den Gemeinschuldner geschehene Leistung diesem gegenüber befreit wird, und falls er zu nochmaliger Leistung angehalten wird, vom Gemeinschuldner Rückersatz verlangen kann.

2.

Ausnahmebestimmung der Abs. 2 und 3.

In Ermangelung einer besonderen Vorschrift würde die Bestimmung des Abs. 1 auch dann Anwendung finden, wenn derjenige, von welchem die Leistung ausging, von der Konkurseröffnung erwiesener Massen keine Kenntniss hatte. Es würde demselben der gute Glaube ebensowenig nützen, als dem Gläubiger, der durch die Vorschrift des § 6 betroffen wird. Aus Billigkeitsgründen hat aber der Gesetzgeber vorgeschrieben, dass die an den Gemeinschuldner erfolgte Leistung auch der Konkursmasse gegenüber von der Verbindlichkeit befreit, wenn anzunehmen ist, dass der Schuldner von der Eröffnung des Verfahrens nichts wusste. Zur Rechtfertigung dieser Vorschrift wurde in den Motiven (39 und 40) darauf hingewiesen, dass der Schuldner nicht das gleiche Interesse wie der Gläubiger habe, die Vermögenslage und Zahlungsfähigkeit des Gemeinschuldners zu überwachen, und von der Zahlungseinstellung nicht so leicht Kenntniss erhalte. Sodann wurde bemerkt: „Vor Allem aber wird er von einer Nichtigkeit der Leistungen härter betroffen, als der Gläubiger. Dieser erleidet durch die Zurückforderung der an ihn erfolgten Zahlung nur den Nachtheil, dass er in dieselbe Lage gebracht wird, in der sich die übrigen Gläubiger befinden; er kann gleich ihnen seine Forderung im Konkursverfahren liquidiren. Der Drittschuldner dagegen, mit dessen Leistungen der Gemeinschuldner davongeht, müsste doppelt bezahlen.“ Diese Auffassung wurde auch in der Reichstagskommission gebilligt, und wurden zwei Anträge, nach welchen die schuldhafte Unkenntniss der Konkurseröffnung die Befreiung des Schuldners nicht bewirken sollte, abgelehnt. (K.: 10 und 11.)

Die Beweislast bezüglich der Frage, ob die Leistung mit oder ohne Kenntniss der Konkurseröffnung erfolgte, ist durch Abs. 2 und 3 verschieden geregelt, je nachdem dieselbe vor oder nach der öffentlichen Bekanntmachung der Eröffnung (§ 68) geschehen ist. Im letzteren Falle muss der Erfüllende beweisen, dass ihm die Eröffnung des Verfahrens nicht bekannt war, im ersten Falle muss ihm die Kenntniss bewiesen werden. In beiden Fällen hat der Richter, wie auch in den Motiven (40) hervorgehoben wurde, das Beweisergebniss nach freier Ueberzeugung zu würdigen. (§ 259 C.-Pr.-O.) Die Frage, ob die Vorschrift des § 6 Abs. 3 auch hier Anwendung zu finden hat, ist gegenstandslos, da die Leistung, die am Tage der Konkurseröffnung erfolgte, jedenfalls der öffentlichen Bekanntmachung vorherging, also dem Erfüllenden schon desshalb nachgewiesen werden muss, dass ihm die Eröffnung des Verfahrens zur Zeit der Leistung bekannt war.

§ 8.

Rechtsstreitigkeiten über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen, welche zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens für den Gemeinschuldner anhängig sind, können in der Lage, in welcher sie sich befinden, von dem Konkursverwalter aufgenommen werden. Wird die Aufnahme verzögert, so kommen die Bestimmungen des § 217 der Civilprozessordnung zur entsprechenden Anwendung.

Lehnt der Verwalter die Aufnahme des Rehtsstreits ab, so kann sowohl der Gemeinschuldner als der Gegner denselben aufnehmen.

§ 9.

Rechtsstreitigkeiten, welche gegen den Gemeinschuldner anhängig und auf Aussonderung eines Gegenstandes aus der Konkursmasse oder auf abgesonderte Befriedigung gerichtet sind oder einen Anspruch betreffen, welcher als Masseschuld zu erachten ist, können sowohl von dem Konkursverwalter als von dem Gegner aufgenommen werden.

Erkennt der Verwalter den Anspruch sofort an, so fallen ihm die Prozesskosten nicht zur Last.

§ 10.

Konkursgläubiger können ihre Forderungen auf Sicherstellung oder Befriedigung aus der Konkursmasse nur nach Massgabe der Vorschriften für das Konkursverfahren verfolgen.

(E.: §§ 8—10. M.: 41—49. K.: 11 ff., 97 ff., 148 ff., pr. K.-O. § 8.)

I.
Allgemeine Bemerkungen.

1.

Dass der Gemeinschuldner durch die Konkurseröffnung die Befugniss verliert, Prozesse über das die Konkursmasse bildende Vermögen weiter zu führen, ist gleichfalls eine Folgerung aus dem im § 5 auf gestellten Grundsatz. „Seine

in einem Prozesse vorgenommenen Handlungen und die auf Grund derselben ergangenen Entscheidungen würden gegenüber den Konkursgläubigern in Gemässheit des § 6 ebenso nichtig sein, wie die Handlungen eines Gemeinschuldners ausserhalb eines Prozesses. Auch dies braucht nicht durch besondere Vorschriften vom Gesetze verordnet zu werden. Dem Gemeinschuldner fehlt die legitimatio ad causam." (M.: 41 und 42.) In Beziehung auf diejenigen Prozesse, welche sich nicht auf die Konkursmasse beziehen, wurde in den Motiven (41) in zutreffender Weise bemerkt: „Es ist wiederum davon auszugehen, dass die Konkurseröffnung dem Gemeinschuldner nur die Befugniss entzieht, über die Konkursmasse zu verfügen, dass er aber nicht in seiner Handlungsfähigkeit eine Einbusse erleidet, — er verliert nicht das jus standi in judicio. Die Eröffnung des Konkursverfahrens ist daher ohne Einfluss auf Rechtsstreitigkeiten, welche nicht das zur Konkursmasse gehörige Vermögen betreffen. Prozesse, welche sich lediglich auf die Person des Gemeinschuldners beziehen, Statusklagen, Klagen auf Anerkennung der Vaterschaft, auf Vollziehung oder Scheidung der Ehe, auf Ertheilung des Ehekonsenses, Klagen auf Leistung oder Unterlassung individuell persönlicher Handlungen, auf förmliche Vollziehung eines Vertrages, auf Rechnungslegung u. s. w. können ohne Rücksicht auf das Konkursverfahren sowohl von dem Gemeinschuldner als gegen ihn angestrengt und fortgesetzt werden. Ebenso Klagen, die zwar einen vermögensrechtlichen Anspruch, aber nicht aus der Konkursmasse verfolgen. Dahin sind nicht bloss Ansprüche auf Gegenstände zu rechnen, welche aus der Konkursmasse dem Gemeinschuldner zur freien Verfügung überlassen worden; es gehören dahin namentlich auch die Ansprüche aus den neuen, nach der Konkurseröffnung unternommenen Rechtsgeschäften; auch Konkursforderungen sind davon nicht ausgenommen, sofern nicht ihre Befriedigung aus der Konkursmasse verlangt wird. Die Vorschrift der österr. K.-O. (§ 9): „Rechtssachen, bei welchen der Anspruch auf eine persönliche Leistung, Unterlassung oder Duldung des Gemeinschuldners oder auf ein durch die Konkurseröffnung seiner Verfügung nicht entzogenes Vermögen gerichtet ist, können auch nach der Eröffnung des Konkurses wie ausser dem Konkurse gegen denselben anhängig gemacht oder fortgesetzt werden," sowie die entsprechende Vorschrift der bayer. Pr.-O. (Art. 1221) ist demnach folgerichtig und könnte noch dahin ergänzt werden, dass der Gemeinschuldner ebenso als Kläger befugt ist, solche Klagen anzustrengen oder fortzuführen. Eine solche Vorschrift zu treffen ist aber überflüssig, denn sie ergibt sich als eine rechtliche Folge jenes Grundsatzes von selbst." [1])

2.

Aus dem in Nr. 1 aufgestellten Grundsatz ergibt sich zunächst, dass nach Eröffnung des Konkursverfahrens Prozesse, welche sich auf die Konkursmasse beziehen, weder von dem Gemeinschuldner noch gegen denselben eingeleitet

[1]) Art. 1221 bayer. Pr.-O. lautet: „Die Verfolgung von Ansprüchen, welche nicht das Vermögen, sondern nur die Person des Gantschuldners betreffen, wird durch die Ganteröffnung nicht berührt."

werden können, und dass, wenn dies dennoch geschehen sollte, der betr. Klage der Einwand der mangelnden Legitimation zur Sache entgegengesetzt werden könnte, und die in einem solchen Rechtsstreit ergehenden Entscheidungen den Konkursgläubigern gegenüber ohne alle Wirkung sein würden. Wie der Gemeinschuldner dann zur Anstellung einer Klage gegen Dritte berechtigt ist, wenn der Konkursverwalter darauf verzichtet hat, den streitigen Gegenstand zur Masse zu ziehen bezw. eine Forderung geltend zu machen, so können jedoch die Gläubiger des Gemeinschuldners, wenn sie darauf verzichten, wegen ihrer Ansprüche aus der Konkursmasse Befriedigung zu suchen, diese vielmehr nur vom Gemeinschuldner selbst erhalten wollen, gegen diesen ohne Rücksicht auf das Konkursverfahren Klage erheben. In beiden Fällen wird die Konkursmasse durch den Prozess nicht berührt und es kann desshalb die Legitimation zur Sache nicht mit Erfolg bestritten werden.

Sind zur Zeit der Konkurseröffnung Prozesse, welche sich auf die Konkursmasse beziehen, anhängig, so werden dieselben durch die Eröffnung des Verfahrens nach § 218 C.-Pr.-O. unterbrochen und es treten die in § 226 C.-Pr.-O. vorgeschriebenen Wirkungen dieser Unterbrechung von selbst ein, ohne dass es hiezu einer besonderen Zustellung oder Verfügung bedürfte. Bezüglich des weiteren Verfahrens ist jedoch zu unterscheiden zwischen den Prozessen, welche die Aktivmasse betreffen, d. h. „durch die Ansprüche geltend gemacht werden, welche die Theilungsmasse vermehren oder verringern" (M.: 42) und „den Prozessen, welche eine Konkursforderung verfolgen, auf Grund deren sich also die Betheiligung an der Vertheilung der Masse bestimmt, den Prozessen über die Passivmasse." (M.: a. a. O.) Letztere, deren Entscheidung auf den Betrag des unter die Gläubiger zu vertheilenden Vermögens ohne Einfluss ist, dagegen auf die Höhe der bei der Vertheilung zu berücksichtigenden Forderungen bestimmend einwirkt, können überhaupt nicht fortgesetzt, sondern es müssen die betr. Forderungen im Konkursverfahren selbst geltend gemacht werden. (V. § 10 und Bem. III.) Rechtsstreitigkeiten der ersteren Art können wieder aufgenommen und ohne Rücksicht auf das Konkursverfahren zu Ende geführt werden, und es ist die Art und Weise, in welcher die Aufnahme erfolgen kann, je nachdem der Gemeinschuldner Kläger oder Beklagter ist, durch die § 8 oder § 9 geregelt.

3.

In den Prozessen, welche durch die Konkurseröffnung lediglich eine Unterbrechung erfahren, tritt, wenn dieselben überhaupt fortgesetzt werden, der Konkursverwalter, nicht die „Gläubigerschaft", an die Stelle des Gemeinschuldners. (V. Bem. I. 2 zu § 2.) In den Motiven wurde in dieser Beziehung (S. 42 und 43) gesagt: „Schon früher wurde bemerkt, dass eine Succession der Gläubiger oder des Verwalters in die Rechte des Schuldners nicht stattfindet, und dass die Annahme einer Gläubigerschaft als einer Personeneinheit eine unnöthige und unzulässige Fiktion ist. Man kann weder von einem Uebergange des Rechtsstreits auf die „„Gläubigerschaft"", noch überhaupt von einem „Uebergange" des Rechtsstreits sprechen. Einfacher und richtiger (als § 8 der pr. K.-O. und

Art. 1219 bayer. Pr.-O.) sagt Art. 443 des französischen Fallimentsgesetzes (vom Jahre 1838): toute action mobilière ou immobilière ne pourra être suivie ou intentée que contre les syndics und wie man hinzusetzen müsste, par les syndics. Nur der Konkursverwalter — man fasse ihn als den gesetzlichen Vertreter der die Verfügungsrechte des Gemeinschuldners erlangenden Konkursgläubiger oder unmittelbar als Kurator des Gemeinschuldners auf — kann die Prozesse für oder gegen die Aktivmasse führen, und nur er kann, wenn solche Prozesse schon anhängig sind, als Partei in dieselben eintreten.“ Ob der Konkursverwalter von diesem Rechte Gebrauch machen, und einen anhängigen Prozess aufnehmen will, ist, wie schon der Wortlaut der §§ 8 und 9 („können“) deutlich erkennen lässt, von seinem Ermessen abhängig gemacht. „Eine Nöthigung zur Aufnahme des Prozesses ist nicht zu rechtfertigen. Die Idee einer solchen hängt mit der des „Uebergangs“ des Prozesses zusammen und ist wie diese falsch. Allerdings kann der Gemeinschuldner bis zur Konkurseröffnung frei disponiren und der Konkursverwalter muss jede seiner gültigen Dispositionen anerkennen. Daraus folgt jedoch keineswegs, dass der Verwalter verpflichtet wäre, eine vom Gemeinschuldner begonnene Thätigkeit fortzusetzen. Im Gegentheil. Das Vermögen des Gemeinschuldners wird, so wie es liegt, in fertigem oder unfertigem Zustande, für seine Gläubiger mit Beschlag belegt; der Zeitpunkt der Konkurseröffnung stellt die Masse fest, aus welcher, und die Ansprüche, für welche die Gläubiger ihre Befriedigung erhalten sollen. Desshalb, und gerade weil weder die Gläubiger noch der Verwalter dem Gemeinschuldner succediren, könnte es eher fraglich erscheinen, ob der unterbrochene Prozess „auf die Gläubiger übergehen“, d. h. ob er vom Verwalter aufgenommen werden kann, oder ob er nicht vielmehr abgebrochen bleiben müsse? Das Recht des Verwalters zur Aufnahme und Fortsetzung des Prozesses ist jedoch nicht zu leugnen; es hat seinen Grund darin, dass jedes Vermögensstück und jedes Recht des Gemeinschuldners für die Gläubiger verwendbar wird und zur Konkursmasse gehört, auch wenn es noch nicht seinen Abschluss erhalten hat. Ein solches Vermögensrecht gewähren die Prozesshandlungen des Gemeinschuldners. Nicht bloss der geltend gemachte Anspruch, sondern auch die Geltendmachung desselben oder die Vertheidigung des Gemeinschuldners gegen einen, von Anderen erhobenen, Anspruch ist für die Gläubiger zu verwerthen.“ (M.: 43 und 44.)

4.

Dass der Konkursverwalter die anhängigen Rechtsstreitigkeiten nur „in der Lage, in welcher sie sich befinden“, aufnehmen kann, ist in § 8 ausdrücklich gesagt, und würde sich auch ohne diese Vorschrift von selbst verstehen. Dieser Satz gilt desshalb auch für diejenigen Prozesse, von denen in § 9 gehandelt wird. In allen Fällen, in denen der Konkursverwalter den Prozess aufnimmt, „wird dieser in der Lage fortgesetzt, in welcher er sich zur Zeit der Konkurseröffnung befand. Was vorher von und mit dem Gemeinschuldner verhandelt, für und gegen ihn festgestellt ist, bleibt bestehen, — soweit nicht eine Anfechtung nach Massgabe des dritten Titels begründet ist.“ (M.: 44.) Ebenso versteht es sich aber von selbst, dass die Handlungen, welche der Gemeinschuldner

nach der Konkurseröffnung vornahm, den Konkursverwalter nicht binden können. Neben dem § 226 C.-Pr.-O., nach welchem die von einer Partei während der Unterbrechung in Ansehung der Hauptsache vorgenommenen Prozesshandlungen „der anderen Partei gegenüber" ohne rechtliche Wirkung sind, muss hier § 5 K.-O. zur Anwendung kommen. Nach diesem sind aber die Prozesshandlungen, welche der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung vorgenommen hat, nichtig. „Er hat aufgehört Partei zu sein. Dies bestimmt auch seine Stellung während der Fortsetzung des aufgenommenen Rechtsstreits. Er kann mit verbindlicher Kraft für die Konkursgläubiger oder den Konkursverwalter weder ein Geständniss ablegen, noch einen Parteieneid annehmen, noch denselben zurückschieben oder ableisten." (M.: 44.) [1])

Ob nicht nach dem Vorgang des französischen und belgischen Fallimentsgesetzes (Art. 443 bezw. 452) die „Zulassung des Gemeinschuldners als Nebenpartei gerechtfertigt sei", wurde bei Aufstellung des Entwurfs in Erwägung gezogen. Man entschied sich aber gegen die Zulässigkeit eines solchen Interventionsrechts, und es wurde dies in den Motiven (45) in folgender Weise begründet: „Allerdings ist nicht zu verkennen, dass der Gemeinschuldner zuweilen ein Interesse haben könnte, selbst zu dem Verfahren zugezogen zu werden, namentlich wenn er Grund hat zu der Annahme, dass der Verwalter nicht pflichtgemäss verfährt. Das wäre aber nur ein faktischer, kein rechtlicher Grund zu seiner Zulassung. Er ist überhaupt nicht stichhaltig. Sein Interesse fällt mit dem der Gläubiger zusammen, und der Konkursverwalter hat das Interesse beider wahrzunehmen. Der Gemeinschuldner hat die Gelegenheit, dasjenige, was er zur Sache mitzutheilen hat, dem Verwalter zur Benützung mitzutheilen, und wenn dieser seine Pflicht versäumt, so kann er denselben durch Beschwerdeführung bei dem Konkursgerichte zur Erfüllung seiner Pflicht nöthigen. Dagegen könnte auf der anderen Seite es leicht den Gläubigern zum grössten Nachtheile gereichen und gefährlichen Kollusionen des Gemeinschulners Thür und Thor öffnen, wollte man ihn als Nebenpartei zulassen."

II.

Besondere Vorschriften bezüglich der Prozesse, die sich auf die Aktivmasse beziehen.

(§§ 8 und 9.)

1.

Rechtsstreitigkeiten, welche für den Gemeinschuldner anhängig sind.

(§ 8.)

In § 8 wird von solchen Prozessen gehandelt, welche für den Gemeinschuldner anhängig sind, d. h. in welchen dieser einen ihm nach seiner Meinung

[1]) Die badische Prozess-Ordnung (§§ 757—759. 764—767. 769. 770) legt im Gegensatz zu der in den Motiven dargelegten Auffassung den Erklärungen, Geständnissen und Eidesleistungen des Gemeinschuldners verbindliche Kraft bei. Die Zulassung einer solchen Ausnahme, wurde aber als „bedenklich und gefährlich" bezeichnet, und desshalb von der Aufnahme ähnlicher Bestimmnngen abgesehen.

zustehenden Anspruch einem Dritten gegenüber mittelst Klage geltend gemacht hat. Ein derartiger Rechtsstreit kann nach der Vorschrift des § nur vom Konkursverwalter, nicht vom Gegner aufgenommen werden. Wird die Aufnahme, die nach § 227 C.-P.-O. durch Zustellung eines Schriftsatzes zu erfolgen hat, in ungebührlicher Weise verzögert, so kann der Gegner, wenn er den Prozess betreiben will, in der in § 217 C.-P.-O. vorgeschriebenen Weise vorgehen, d. h. den Konkursverwalter zur Aufnahme des Prozesses und zugleich zur Verhandlung der Hauptsache vorladen lassen. Erscheint der Konkurverwalter im Termin nicht, so ist durch Versäumnissurtheil auszusprechen, dass das Verfahren von ihm aufgenommen sei. Ob die Aufnahme verzögert wurde, hat das Gericht nach freiem Ermessen zu beurtheilen; doch ist bei der Entscheidung darauf Rücksicht zu nehmen, dass dieser (nach § 121 Z. 2) unter Umständen die Genehmigung des Gläubigerausschusses einzuholen hat.

Lehnt der Konkursverwalter die Aufnahme des Rechtsstreits ab, so kann der Prozess von dem Gemeinschuldner fortgeführt und sowohl von diesem als vom Gegner aufgenommen werden. Die Ablehnung der Aufnahme muss aber in diesem Falle nothwendig als Verzicht auf den Streitgegenstand aufgefasst werden, da sonst der Gemeinschuldner nicht berechtigt wäre, den Prozess weiterzuführen. Wollte der Verwalter den Gemeinschuldner beauftragen, den Prozess als sein Bevollmächtigter für Rechnung der Masse zu führen, so würde darin offenbar eine Aufnahme des Prozesses, nicht eine Ablehnung derselben, liegen. In der Reichstagskommission bemerkte demgemäss Hullmann folgerichtig: „er fasse den Abs. 2 dahin auf, dass, wenn der Schuldner in einem Prozesse, dessen Aufnahme vom Verwalter abgelehnt worden, etwas erstritten habe, dies nicht zur Konkursmasse gehören solle.“ Regierungsrath Hagens erwiderte darauf zwar in weniger bestimmter Weise: „Der Verwalter werde sich bei der Ablehnung der Aufnahme des Rechtsstreits darüber aussprechen, ob er den Anspruch zur Masse ziehen wolle oder nicht. Unterlasse er eine solche Erklärung, so würde das Letztere zu gelten haben.“ (K.: 11.) Der mit der Ablehnung verbundene Vorbehalt, den Streitgegenstand, falls der Prozess gewonnen werden sollte, dennoch zur Masse zu ziehen, müsste aber als unwirksam angesehen werden.[1])

Dass der Ersatz der vor der Konkurseröffnung entstandenen Prozesskosten, falls der Verwalter die Aufnahme eines Prozesses ablehnte, und der von dem Gemeinschuldner aufgenommene Prozess später gegen diesen entschieden wurde, im Konkursverfahren (als Konkursforderung) geltend gemacht werden kann, wurde bereits früher bemerkt (Bem. IV. 2 zu § 2).

2.

Rechtsstreitigkeiten, welche gegen den Gemeinschuldner anhängig sind.
(§ 9.)

Ist ein Prozess, in welchem es sich um den Bestand der Aktivmasse, nicht um eine im Konkursverfahren geltend zu machende Forderung handelt (vergl.

[1]) So auch von Sarwey § 8 Bem. 6 S. 39 und von Völderndorff zu §§ 8 und 9 Bem. h. S. 148.

Bem. III.), gegen den Gemeinschuldner eingeleitet worden, so dass dieser als Beklagter erscheint, so kann der geltend gemachte Anspruch entweder ein Aussonderungsanspruch (§§ 35 ff.), oder ein Absonderungsanspruch (§§ 39 ff.), oder ein persönlicher Anspruch sein, der gegen den Gemeinschuldner gerichtet ist, sich aber für das Konkursrecht als Masseschuld (§§ 50 ff.) darstelt. Dies letztere „ist aber nur in dem Falle denkbar, dass die Klage auf einem mit dem Gemeinschuldner abgeschlossenen zweiseitigen Vertrage beruht, dessen Erfüllung nunmehr zur Konkursmasse verlangt wird (vergl. §§ 15 ff. und § 52 Nr. 2); die übrigen Fälle einer Masseschuld setzen voraus, dass das Rechtsgeschäft, aus welchem der Anspruch entsprungen ist, oder wenigstens, dass der Anspruch selbst erst in die Zeit nach der Konkurseröffnung fällt, sie können demnach einem vor der Konkurseröffnung gegen den Gemeinschuldner angestellten und gegen den Verwalter fortzuführenden Prozesse nicht zum Grund liegen.“ (M.: 45.) In allen diesen Fällen liegt die Sache, wenn der Konkursverwalter den anhängigen Prozess für die Masse aufnimmt und den geltend gemachten Anspruch bestreitet, ebenso als ob die Klage vom Gemeinschuldner erhoben worden wäre. Dagegen stellen sich Unterschiede heraus, wenn der Verwalter die Aufnahme des Prozesses ablehnt. „War der Gemeinschuldner verklagt, so kann der Verwalter den Kläger nicht auf einen neuen Prozess verweisen, den er nun gegen ihn, den Verwalter, noch einmal anzustellen habe. Der Kläger hatte das Recht, seine Ansprüche geltend zu machen; ihn kann die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Beklagten in der Geltendmachung seiner Rechte nicht beeinträchtigen; sie kann ihm weder den Zeitverlust eines neuen, noch die Kosten des alten Prozesses auferlegen. Der Klaganspruch muss als anerkannt gelten. Von einer Aufnahme des Prozesses durch den Gemeinschuldner selbst kann nicht die Rede sein, der Prozess ist durch das Anerkenntniss erledigt. Der Anspruch wird aus der Konkursmasse erfüllt. Will der Verwalter diese Folge nicht eintreten lassen, so muss er den Prozess fortsetzen, auch wenn derselbe bisher vom Gemeinschuldner schlecht geführt worden ist; er muss sich dessen Vertheidigung gefallen lassen, das folgt aus dem Grundsatze der Repräsentation.“ (M.: 45 und 46.) Diese Auffassung liegt in der Natur der Sache, da es sich nicht um Gegenstände handelt, bezüglich deren der Konkursverwalter auf den Gemeinschuldner verweisen kann, sondern um Ansprüche, die gegen die Konkursmasse gerichtet sind, also vom Verwalter erfüllt oder bestritten werden müssen. Der Natur dieses Verhältnisses entspricht es aber auch, dass der Kläger nicht darauf angewiesen ist, den Verwalter zu einer Erklärung über die Aufnahme aufzufordern, sondern dass er den Prozess selbst in der in § 227 C.-P.-O. vorgeschriebenen Weise aufnehmen kann. Dem Verwalter bleibt, wenn dies geschieht, nur die Wahl, ob er den Prozess unter Bestreitung des Anspruchs fortführen oder diesen anerkennen will. Entscheidet er sich für das Erstere, so sind, wenn er unterliegt, die Prozesskosten, zu deren Zahlung die Konkursmasse verurtheilt wird, nach § 52 Z. 1 als Masseschuld zu behandeln. Erkennt er den Anspruch sofort an, so sind nach dem von der Reichstagskommission beigefügten Abs. 2, welcher auf demselben Grunde wie die Vorschrift des § 89 C.-P.-O. beruht, die Prozesskosten vom Gegner zu tragen. Ob die Anerkennung „sofort“

geschehen ist, d. h. ob sie nicht in unnöthiger Weise verzögert wurde, muss im einzelnen Fall unter Berücksichtigung der thatsächlichen Verhältnisse entschieden werden. (Vergl. Bem. 4 zu § 89 C.-P.-O.)

Ueber die Bedeutung des vom Verwalter ausgesprochenen Anerkenntnisses dem Gemeinschuldner gegenüber, und die Frage, ob und unter welchen Umständen der Kläger gegen den Verwalter, der den Prozess nicht aufnimmt, einen vollstreckbaren Titel erhalte, wurde in der Reichstagskommission wiederholt verhandelt. Nachdem Regierungsrath Hagens bei der ersten Lesung (K.: 11) die Bestimmungen des Entwurfs erläutert und bemerkt hatte, wenn der Prozess nicht aufgenommen werde, gelte der Klaganspruch als anerkannt, einen Exekutionstitel erhalte der Kläger aber dem Verwalter gegenüber nicht, wurde bei der zweiten Lesung von dem Abg. von Vahl, um die nach dem Entwurf offen gelassenen Zweifel wenigstens theilweise zu beseitigen, die gegenwärtige Fassung des § 9 beantragt und von der Kommission angenommen. Zur Begründung dieses Antrags wurde vom Antragsteller bemerkt: „In den im Antrag näher bezeichneten Fällen rechtfertige es sich, dem Gegner des Gemeinschuldners das Recht zur selbständigen Aufnahme des Rechtsstreites zu gewähren, damit derselbe sich einen vollstreckbaren Titel verschaffen könne. Es sei nach dem Wortlaut des Entwurfs zweifelhaft, ob diese Absicht vorliege. Dieses Recht des Dritten müsse aber seine Grenze finden in der Bestimmung, dass durch die Prozessführung der Masse keine Kosten entstehen sollen, sofern der Verwalter den Anspruch nicht bestreitet. Er konstatire, dass Abs. 2 seines Antrags der Frage, ob die Kosten etwa dem Gemeinschuldner zur Last zu legen seien, sowie der ferneren Frage, ob die Kosten von Seiten des Gegners als Konkursforderung geltend gemacht werden können, in keiner Weise präjudiziren wolle.“ Im Anschluss hieran erklärte Regierungsrath Hagens: „Durch den Antrag, speziell durch dessen Absatz 2, werde im Wesentlichen das Gleiche erreicht, was der Entwurf wolle. Der Unterschied sei nur der, dass der Entwurf sich damit begnüge, den Verwalter auf Grund des Anerkenntnisses materiell zur Erfüllung zu verpflichten, während der Antrag dem Dritten einen vollstreckbaren Titel gegen den Verwalter verschaffen wolle. Hiegegen erhebe er keinen Widerspruch. Die Frage, wem die Kosten, soweit solche in Gemässheit des Abs. 2 nicht dem Verwalter zur Last fallen, aufzuerlegen seien, sei nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen.“ (K.: 97 und 98.)

Das Anerkenntniss des Verwalters hindert hienach den Erlass eines Urtheils nicht, vielmehr ist er, und eventuell auch der Gemeinschuldner auf Antrag dem Anerkenntniss gemäss zu verurtheilen. (Vergl. § 278 C.-P.-O.) Die Kosten sind, wenn der Anspruch „sofort“ anerkannt wurde, nicht als „Masseschuld“ (§§ 50 ff.) anzusehen, begründen nach allgemeinen Grundsätzen jedoch eine Konkursforderung. (Vergl. Bem. II. 1 und Bem. IV. 2 zu § 2.)

III.

Rechtsstreitigkeiten, welche sich auf die Passivmasse beziehen.

(§ 10.)

In Beziehung auf die Geltendmachung von Konkursforderungen, die lediglich einen Anspruch auf Berücksichtigung bei der Vertheilung der Masse gewähren,

gilt der Grundsatz, dass „kein Konkursgläubiger eine Forderung gegen die Masse einzeln und ausserhalb des gemeinschaftlichen Verfahrens verfolgen darf.“ (M.: 46.) Will der Gläubiger auf Befriedigung aus der Konkursmasse verzichten, so kann er allerdings gegen den Gemeinschuldner Klage erheben, oder einen bereits eingeleiteten Prozess diesem gegenüber durchführen. (Bem. I. 1.) [1]) Will er dies aber nicht, sondern will er an der Konkursmasse theilnehmen, so steht ihm, einerlei, ob bereits ein Prozess anhängig ist oder nicht, nur ein Weg offen, nämlich der, seine Forderung im Konkursverfahren anzumelden. (§ 126 ff.) Wird die Forderung, über welche sich (nach § 129 Abs. 2) auch der Gemeinschuldner zu erklären hat, im Konkursverfahren nicht bestritten, so gilt dieselbe als festgestellt und die Eintragung in die Tabelle wirkt allen Konkursgläubigern gegenüber wie ein rechtskräftiges Urtheil (§ 133). Dieselbe kann aber auch vom Gemeinschuldner später nicht mehr bestritten werden. Wird gegen die Zulassung der Forderung Widerspruch erhoben, so kann der zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens anhängige Prozess aufgenommen werden, und zwar sowohl dann, wenn der Widerspruch vom Gemeinschuldner, als wenn derselbe von dem Verwalter oder von einem Konkursgläubiger ausging. (§ 132 und § 134 Abs. 3.) War ein solcher Prozess noch nicht anhängig, so ist es im Allgemeinen Sache des betr. Konkursgläubigers, die Feststellung seiner Forderung durch Erhebung einer Klage gegen die Bestreitenden zu betreiben. Nur wenn für die Forderung ein mit der Vollstreckungsklausel versehener Titel, ein Endurtheil oder ein Vollstreckungsbefehl vorliegt, ist der Widerspruch von dem Widersprechenden (d. h. von dem Verwalter oder dem bestreitenden Konkursgläubiger) zu verfolgen. (§ 134 Abs. 6.)

Auch diejenigen Konkursforderungen, „die nicht im Rechtswege, sondern, wie in den meisten Staaten die Steuerforderungen, im Verwaltungswege geltend zu machen sind“, werden, wie in den Motiven besonders hervorgehoben wurde, „durch die Vorschrift des § 10 getroffen, und unterliegen der Anmeldung und Verfolgung im Konkursverfahren nach Massgabe der Konkursordnung. Auf sie findet aber nicht die C.-P.-O. Anwendung. Ob und wie daher Verwaltungsprozesse, welche etwa anhängig sind, durch die Konkurseröffnung unterbrochen werden, richtet sich nach den landesrechtlichen Vorschriften über das Verwaltungsverfahren.“ (M.: 49.) In § 134 Abs. 5 ist übrigens ausdrücklich bestimmt, dass die Vorschriften des ersten, dritten und vierten Absatzes dieses § auf Forderungen, für deren Feststellung ein besonderes Gericht, eine Verwaltungsbehörde oder ein Verwaltungsgericht zuständig ist, entsprechende Anwendung finden. (Vergl. die Bem. zu diesem §.)

[1]) Das preuss. Obertribunal hielt die Verfolgung von Forderungen gegen den Gemeinschuldner ausserhalb des Konkursverfahrens, insbesondere die Anstellung von Klagen zum Zweck der Feststellung einer Wechselforderung für unstatthaft. (Strielhorst Bd. 21, S. 341, Bd. 31 S. 348 ff., Bd. 32 S. 161 ff. und Bd. 33 S. 215 ff. Bd. 38 S. 77, Bd. 55 S. 326.) Diese Auffassung, der sich auch das R.-O.-H.-G. angeschlossen hatte. (Entscheid. Bd. 12 Nr. 76 S. 237), deren Richtigkeit aber auch nach preuss. R. bestritten wird, ist jedoch für die K.-O. nicht zutreffend.

§ 11.

Während der Dauer des Konkursverfahrens finden Arreste und Zwangsvollstreckungen zu Gunsten einzelner Konkursgläubiger weder in das zur Konkursmasse gehörige, noch in das sonstige Vermögen des Gemeinschuldners statt.

(E.: § 11. M.: 49 ff. K.: 12 ff., pr. K.-O. § 9.)

1.

Aus dem durch die Konkurseröffnung begründeten Anspruch der Konkursgläubiger auf gemeinsame Befriedigung aus der Masse ergibt sich die Folge, dass „kein Konkursgläubiger wegen seiner Forderung für sich und abgesondert eine Zwangsvollstreckung in die Masse erwirken kann.“ (M.: 46.) Desshalb werden Zwangsvollstreckungen zu Gunsten einzelner Konkursgläubiger durch § 11 während der Dauer des Konkursverfahrens ausdrücklich für unstatthaft erklärt, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob bereits ein Zwangsvollstreckungsverfahren eingeleitet war oder nicht. Soweit nicht durch die Pfändung ein Absonderungsanspruch begründet ist (vergl. Bem. 2), wird durch die Konkurseröffnung jede Einzelexekution bezüglich der zur Konkursmasse gehörenden Gegenstände gehemmt und es steht deren Verwerthung (nach § 107) lediglich dem Konkursverwalter zu, der nach §§ 116 und 117 auch berechtigt ist, die Zwangsvollstreckung bezüglich solcher Gegenstände zu betreiben, die zunächst zur Befriedigung von Absonderungsberechtigten zu dienen haben. Der Erwerb, den der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung macht, und der nach § 1 nicht zur Konkursmasse gehört, fällt an sich nicht unter den aufgestellten Grundsatz. Die Vorschrift des § wurde jedoch auch auf diesen Erwerb und auf die Anlegung von Arresten ausgedehnt und es wurde dies in den Motiven (52) ausführlich gerechtfertigt, und insbesondere Folgendes bemerkt: „Es erschien als nothwendige Folge der Billigkeitsrücksichten und wirthschaftlichen Erwägungen, welche zu dem Ergebnisse des § 1 geführt haben, den neuen Erwerb den Exekutionen der Konkursgläubiger zu entziehen. Das dort der Gesetzgebung vorgehaltene Ziel, dem Gemeinschuldner die Erwerbs- und Kreditfähigkeit wieder zu eröffnen, würde vereitelt werden, hätte jeder Konkursgläubiger es in der Hand, in dem Augenblicke, dass dem Gemeinschuldner ein Erwerb gelänge, ihm denselben zu entreissen. Der Gemeinschuldner würde noch ungünstiger stehen, als wenn er nach dem Prinzip der preussischen Konkursordnung mit dem Konkursverwalter in eine geregelte Auseinandersetzung über seinen neuen Erwerb treten müsste. Statt dessen würde er zahlreichen Angriffen unterliegen. Ein Wetteifer der einzelnen Konkursgläubiger, für sich eine Pfändung zu erlangen, würde hervorgerufen, der nahe wohnende oder dem Gemeinschuldner nahe stehende Gläubiger vor dem entfernteren begünstigt werden. Den bisherigen Gläubigern gewährt die Konkurseröffnung, welche das gesammte vorhandene Vermögen des Schuldners zur gemeinsamen Vertheilung unter sie bringt, einen genügenden Schutz. Die neuen

Gläubiger, welche dem vermögenslosen Schuldner im Vertrauen auf dessen Erwerb Kredit gewähren, dürfen der Konkurrenz mit den geschützten Konkursgläubigern nicht preisgegeben werden."

In der Reichstagskommission wurde der Entwurf, soweit es sich um Ausschliessung des Arrestes handelt, mehrfach bekämpft und ein Antrag gestellt, nach welchem „Arreste in das nach der Eröffnung des Verfahrens durch Erbschaften, Vermächtnisse, Glückszufälle und Schenkungen zugefallene Vermögen" gestattet sein sollten. Dieser Antrag, den die Vertreter der Regierungen lebhaft bekämpften, wurde jedoch nach längerer Debatte abgelehnt. (K.: 12—14.)

Dass die Vorschriften des § auf alle diejenigen Gläubiger Anwendung findet, welche befugt sind, am Konkursverfahren theilzunehmen, und nichts darauf ankommt, ob sich dieselben thatsächlich am Verfahren betheiligen, ergibt sich schon aus der früher (Bem. I. 5 zu § 2) erörterten Bedeutung des Wortes „Konkursgläubiger." Durch die in den Motiven enthaltenen Ausführungen wird aber jeder Zweifel darüber beseitigt, dass dies der Absicht des Gesetzgebers entspricht. Ein Konkursgläubiger, der darauf verzichten würde, aus der Konkursmasse Befriedigung zu erhalten, könnte sonach zwar gegen den Gemeinschuldner ohne Rücksicht auf die Konkurseröffnung Klage erheben, bezw. einen anhängigen Prozess weiter führen (vergl. Bem. III zu §§ 8 ff.); er würde aber zur Vollstreckung des erwirkten Urtheils erst nach Beendigung des Konkursverfahrens schreiten können.

2.

Durch die Vorschrift des § werden nur die „Konkursgläubiger" betroffen; dagegen findet dieselbe auf die Personen, welche nicht zu den Konkursgläubigern gehören, oder doch, wie die Absonderungsberechtigten (§§ 39 ff.), in erster Linie ihre Befriedigung ausserhalb des Konkursverfahrens suchen dürfen, keine Anwendung. In den Motiven (S. 49 und 50) wurde in dieser Beziehung bemerkt: „Die Nothwendigkeit, Einzelexekutionen zu hemmen, wird überall anerkannt. Manche Gesetzgebungen machen hievon eine ausdrückliche Ausnahme in Betreff der Vindikationsansprüche, der Masseschulden und der Absonderungsansprüche. Dies ist aber keine Ausnahme von der im Entwurfe aufgestellten Regel. Es ist selbstverständlich, dass ein Kläger, der die Erfüllung seines Anspruches unbehindert durch das Konkursverfahren zu verlangen berechtigt ist, die Erfüllung trotz und während des Verfahrens erforderlichen Falles im Wege der Zwangsvollstreckung muss durchsetzen können. Die allgemeine Beschlagnahme der Masse und der Zweck, dieselbe unter alle Gläubiger gemeinsam zu vertheilen, hemmt naturgemäss nur das einzelne Vorgehen der Konkursgläubiger."

Ob nicht von diesem Grundsatze Ausnahmen zu machen seien, und nach dem Vorgange des französischen und belgischen Fallimentsgesetzes (Art. 450 bezw. 454) dem Vermiether die Zwangsvollstreckung bezüglich der Illaten für eine bestimmte Zeit untersagt werden solle, wurde bei Aufstellung des Entwurfs erwogen, von einer solchen Beschränkung aber abgesehen. Ebenso wurde andrerseits die Aufnahme einer Bestimmung unterlassen, durch welche (wie es in § 9

der pr. K.-O. und Art. 1218 der bayer. Pr.-O. geschehen war) die Ausführung eines bereits eingeleiteten Zwangsverkaufs dann gestattet würde, wenn der Termin zum Zwangsverkauf bereits vor der Konkurseröffnung festgesetzt war, und der Verwalter die Aussetzung desselben nicht beantragte, wobei übrigens auch die Erwägung massgebend war, dass in der Mehrzahl dieser Fälle dem die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger nach der C.-P.-O. ein Absonderungsrecht zustehe. (M.: a. a. O.)

Dass die Gläubiger, welche durch die Zwangsvollstreckung nicht die Erfüllung eines Konkursanspruchs zu erzwingen suchen, insbesondere diejenigen, welche nach den Vorschriften der C.-P.-O. (§§ 709, 733) oder der Landesgesetze über die Zwangsvollstreckung bezüglich unbeweglicher Sachen durch die Pfändung bezw. Beschlagnahme ein Pfandrecht erworben haben, durch die Konkurseröffnung weder an der Einleitung noch an der Fortsetzung einer Zwangsvollstreckung gehindert werden, ist hienach unzweifelhaft. Da das Zwangsvollstreckungsverfahren nicht als „Rechtsstreit" im Sinne der C.-P.-O. anzusehen ist, und dasselbe (nach §§ 693 ff. C.-P.-O.) selbst durch den Tod des Schuldners nicht unterbrochen wird, muss aber auch angenommen werden, dass durch die Konkurseröffnung nicht wie bezüglich der anhängigen Prozesse (§ 218 C.-P.-O.) eine Unterbrechung des Verfahrens bewirkt wird, sondern nur dem Verwalter nach § 117 die Befugniss zusteht, „dem eingeleiteten Verkaufsverfahren beizutreten, oder dasselbe für Rechnung der Masse und mit der Wirkung aufzunehmen, dass der nach Befriedigung der Hypotheken- und anderen etwaigen Vorzugsgläubigern verbleibende Erlös zur Konkursmasse flösse." (M.: 51.) [1])

§ 12.

Pfand- und Hypothekenrechte, Vorzugsrechte sowie Zurückbehaltungsrechte an Gegenständen der Konkursmasse können nach der Eröffnung des Konkursverfahrens nicht mit verbindlicher Kraft gegen die Konkursgläubiger erworben oder eingetragen werden, wenngleich der Anspruch auf den Erwerb oder die Eintragung schon vor der Eröffnung des Verfahrens begründet gewesen ist.

(E.: § 12. M.: 53 ff. K.: 14, pr. K.-O. § 10.)

[1]) V. von Sarwey § 11 Bem. 1 S. 45 ff. Hauser hat (in der Zeitschrift für Reichs- und Landesrecht Jahrg. III. S. 468 ff.) hervorgehoben, dass § 218 C.-P.-O. auch auf das Zwangsvollstreckungsverfahren bezogen werden könne, und desshalb den Rath gegeben, bei der Regelung des Zwanksvollstreckungsverfahrens in unbewegliches Vermögen durch die Landesgesetzgebung die Unterbrechung der Fristen und Termine zur Grundlage zu nehmen und die bei dieser Annahme bezüglich des Verfahrens bestehende Lücke auszufüllen. Es ist jedoch kaum zu erwarten, dass die Ansicht, durch die Konkurseröffnung werde das Zwangsvollstreckungsverfahren unterbrochen, Boden gewinnt. V. Kommentar zur C.-P.-O. § 218 Bem. 3 Bd. I. S. 501 ff.

1.

Auch die Vorschrift des § 12 ist eine Folge des Grundsatzes, dass die Konkursgläubiger durch die Konkurseröffnung einen Anspruch auf gemeinsame Befriedigung aus der Masse erwerben und demgemäss nach der Eröffnung des Verfahrens die Lage eines Konkursgläubigers nicht durch Vor- oder Sicherungsrechte zum Nachtheil der anderen Gläubiger verbessert werden darf. „Mit der Eröffnung des Konkursverfahrens ist jedes Vermögensstück des Gemeinschuldners für alle persönlichen Gläubiger desselben mit Beschlag belegt, jeder Gläubiger hat den Anspruch, dass alle Sachen des Schuldners, soweit sie nicht dinglich einem Absonderungsberechtigten verhaftet sind, zur gemeinschaftlichen Theilungsmasse kommen. Dem Rechte des Einen auf die gemeinschaftliche Vertheilung steht die Pflicht des Anderen gegenüber, sich dieselbe gefallen zu lassen. Par conditio omnium creditorum facta est. Durch die Konkurseröffnung wird das Verhältniss eines jeden Konkursgläubigers zur Konkursmasse und zu den andern Konkursgläubigern fixirt. Der Beschlagnahme der Vermögensstücke des Gemeinschuldners entspricht so zu sagen eine Beschlagnahme aller Forderungen der Konkursgläubiger. In der Lage, in welcher sich zur Zeit der Konkurseröffnung ein Gläubiger zur Konkursmasse befindet, wird er in dem Verfahren berücksichtigt. Eine Veränderung seiner Lage zum Nachtheil der anderen Gläubiger ist unstatthaft. Daraus folgt, dass ein persönlicher Gläubiger, der als solcher in der Gemeinschaft Aller steht, nicht nachträglich aus dieser Gemeinschaft austreten und abgesonderte Befriedigung aus einem Gegenstande der Konkursmasse erlangen kann. Nach Eröffnung des Verfahrens kann ein Absonderungsrecht nicht mehr erworben werden.“ (M.: 53.)

2.

Nach den vorstehenden Ausführungen handelt es sich bei der Vorschrift des § nicht um solche Handlungen des Gemeinschuldners, welche nach Eröffnung des Verfahrens vorgenommen werden und die Einräumung eines Pfandrechts, oder sonstigen Absonderungsrechts zum Gegenstand haben, denn solche Handlungen werden schon durch § 6 betroffen. Ebensowenig werden solche Handlungen des Gemeinschuldners betroffen, vermöge deren bereits vor der Konkurseröffnung ein Absonderungsrecht erworben wurde, welche aber, weil sie nach der Zahlungseinstellung bezw. dem Eröffnungsantrag erfolgten, in Gemässheit des Tit. III. (§§ 22 ff.) angefochten werden können. Vielmehr bezieht sich die hier in Frage stehende Bestimmung, wie auch in den Motiven (a. a. O.) hervorgehoben wurde, hauptsächlich auf diejenigen Fälle, in denen zum Erwerb des Rechts, auf dem der Anspruch auf abgesonderte Befriedigung beruht, ausser der Handlung des Gemeinschuldners noch ein weiterer Akt erforderlich ist, der sich ohne die Thätigkeit desselben vollzieht. In allen diesen Fällen soll, wenn dieser letztere Akt erst nach der Konkurseröffnung erfolgte, der Erwerb des betr. Pfandrechts, Zurückbehaltungsrechts etc. den Konkursgläubigern gegenüber auch dann unwirksam sein, wenn der Anspruch auf den Erwerb schon vor der Konkurseröffnung begründet war. Ein dingliches Recht kann hienach den Konkursgläubigern gegenüber nur dann geltend gemacht werden, wenn es als

solches schon vor der Eröffnung des Verfahrens vorhanden war, nicht aber kann die Umwandlung des persönlichen Anspruchs auf Einräumung oder sonstigen Erwerb eines dinglichen Rechts durch eine nach der Konkurseröffnung erfolgende Handlung verwirklicht und so nachträglich ein dingliches Recht erworben werden. Dieser persönliche Anspruch „kann nach der Konkurseröffnung ebensowenig vollzogen werden, wie ein persönlicher Anspruch auf die Herausgabe einer dem Gemeinschuldner gehörigen Sache.“ (M.: 53.)

Die Durchführung des im § enthaltenen Grundsatzes kann, da das Landesrecht in sehr vielen Fällen entscheidend ist, in den einzelnen Ländern zu verschiedenen Ergebnissen führen. Soweit bewegliche Sachen oder Forderungen in Frage stehen, sind in erster Linie die §§ 40 und 41 K.-O. massgebend, und kann es sich immer nur darum handeln, ob ein Faustpfandrecht oder sonstiges Vorzugsrecht, vor Eröffnung des Konkursverfahrens schon definitiv erworben war, oder ob zur Vollendung des Erwerbs noch eine besondere Handlung erforderlich ist. War schon vor der Eröffnung des Verfahrens der Anspruch auf Einräumung eines Faustpfands erworben, ist aber der Besitz der in Frage stehenden Sachen erst nach der Konkurseröffnung übertragen worden, so ist ein Absonderungsrecht, da die Wirksamkeit des Faustpfands durch den Besitz bedingt ist (§ 14 Einf.-Ges.), nicht begründet. Ebenso kann das auf der Vorschrift des § 41 Z. 9 beruhende Absonderungsrecht nur dann in wirksamer Weise geltend gemacht werden, wenn die Pfändung vor Eröffnung des Verfahrens erfolgte. (M.: 54.)

Soweit unbewegliche Sachen in Frage stehen, kommt dem Landesrecht nach § 39 eine weitgehende Bedeutung zu, da hienach die Gegenstände, „welche in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehören“, zur abgesonderten Befriedigung dienen, „insoweit ein dingliches oder sonstiges Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus denselben besteht“ und die Frage, ob ein solches Recht begründet, und in welchem Umfang dasselbe zu berücksichtigen ist, bezw. welche Rangordnung gilt, nach der Landesgesetzgebung beurtheilt werden muss. (§ 39.) Es kommt hienach, wie auch in den Motiven (54, 55) hervorgehoben wurde, immer darauf an, ob nach dem geltenden bürgerlichen Rechte das in Frage stehende Pfandrecht oder Privileg schon kraft der Einräumung durch die Schuldner oder kraft Gesetzes oder richterlichen Urtheils entsteht oder ob das Gesetz bezw. der Vertrag oder das Urtheil nur einen Titel für die Eintragung bildet und nur durch diese das dingliche Recht erworben wird. Im letzteren Falle kommt § 12 regelmässig zur Anwendung, wenn der Akt oder einer der Akte, durch welche der Erwerb der Hypothek bewirkt wird, erst nach der Konkurseröffnung vorgenommen wurde. Welcher Akt der entscheidende ist, ob der Antrag auf Bewirkung der Eintragung oder diese selbst, oder die Aushändigung der Bescheinigung über die Eintragung ist nach der Landesgesetzgebung zu entscheiden, ebenso die Frage, welche Bedeutung provisorischen Eintragungen oder Vormerkungen zukommt. [1])

[1]) Nach preussischem Recht wird angenommen, dass die Anmeldung des Eintragungsbegehrens oder die Präsentation zum Erwerb genüge bezw. die Eintragung

Von Einfluss auf die Fassung des § waren die im französischen Hypothekenrecht geltenden Grundsätze, nach welchen Privilegien wie Hypotheken, soweit sie auf dem Gesetze beruhen, zwar mit der Entstehung der Forderung, und andere Hypotheken im Augenblick der Hypothekbestellung bezw. des Urtheils, auf das sie sich gründen, erworben werden, die Wirksamkeit derselben Dritten gegenüber aber in der Regel durch die Einschreibung bedingt ist. (V. die Art. 2106. 2108, 2166.) Mit Rücksicht darauf wurde nämlich, in Abweichung von § 10 der pr. K.-O. eine Fassung gewählt, „nach welcher auch die gültig erworbenen Privilegien und Hypotheken nach der Konkurseröffnung nicht mehr mit verbindlicher Kraft gegen die Konkursgläubiger eingetragen werden können." (M.: 55.) Nur solche Privilegien und Hypotheken, denen ganz unabhängig von der Eintragung Dritten gegenüber eine dingliche Wirkung zukommt (v. Art. 2107 und 2135 C. c.), können im Gebiet des französ. Rechts ein Absonderungsrecht begründen, obgleich eine Eintragung vor der Konkurseröffnung nicht erfolgt bezw. die Vormerkung im Tagebuch, deren Datum die Eintragung (nach Art. 2200 C c.) erhält, noch nicht geschehen war. (M.: 56.)

Nach dem preuss. Gesetz vom 9. Mai 1859 betr. einige Abänderungen des rhein. H.-G.-B. (Art. 446) und nach der bad. Pr.-O. (§ 722 Abs. 2) konnten gewisse Vorzugsrechte innerhalb der zu ihrer Wahrung gestatteten Fristen auch nach der Fallimentseröffnung wirksam eingetragen werden. Bei Aufstellung des Entwurfs glaubte man jedoch von solchen Ausnahmebestimmungen für die Gebiete des französ. Rechts absehen zu müssen. (M.: 56.)

3.

Der Erwerb oder die Eintragung eines der im § aufgezählten Rechte kann auch nach der Konkurseröffnung erfolgen und gewisse Wirkungen haben; nur den Konkursgläubigern gegenüber sind die betr. Handlungen unwirksam, und es kann ein Absonderungsrecht auf dieselben in dem in Frage stehenden Konkurs nicht gestützt werden. Diese Beschränkung ergibt sich mit Bestimmtheit aus dem Wortlaut des §, sowie daraus, dass selbst die in § 6 angedrohte Nichtigkeit nur den Konkursgläubigern gegenüber wirkt. Auch wurde in den Motiven (56 und 57) besonders bemerkt: „Die Vorschrift des § 12 soll auch in den Gebieten, in denen das Absonderungsrecht erst mit der Eintragung entsteht, die Vornahme der Eintragung nicht ausschliessen. Dieselbe soll nur gegenüber den Konkursgläubigern nicht verbindliche Kraft haben. Der Gemeinschuldner namentlich kann sich nicht auf eine Ungültigkeit derselben berufen. Die Eintragung wird unter Umständen auch anderen Personen und, nach Aufhebung des Konkurses, selbst den früheren Konkursgläubigern entgegengesetzt werden können. Ob und unter welchen Umständen dies der Fall ist, hat nicht die Konkursordnung zu regeln, ist vielmehr nach den bürgerlichen und Hypotheken-

vom Augenblick der Anmeldung datire. V. Dernburg preuss. Privatrecht Bd. I. S. 418 und Bd. II. S. 251; von Wilmowsky S. 79 ff.; Erk. des Obertr. vom 27. Nov. 1863, Striethorst Bd. 52 Nr. 32 S. 129. Nach franz. Recht ist die unmittelbar nach der Anmeldung bewirkte Vormerkung im Tagebuch entscheidend. Art. 2200 C. c.

gesetzen zu beurtheilen. Diese sind auch bestimmend für die Entscheidung der Frage, ob eine erst nach der Konkurseröffnung erworbene oder eingetragene Hypothek dadurch, dass sie an einen redlichen Dritten gediehen ist, in dessen Händen noch während des Konkurses auf Grund „des guten Glaubens des Hypothekenbuchs" verbindliche Kraft gegen die Konkursgläubiger gewinnt." (V. auch Bem. I. 5 zu § 6.)

Dass die Vorschrift des § 12 den Eintritt eines Anderen in das vor der Konkurseröffnung begründete Absonderungsrecht eines Gläubigers nicht ausschliesst, versteht sich, wie auch in den Motiven (57) hervorgehoben wurde, von selbst. Die Uebertragung eines solchen Rechts zu Gunsten eines den Absonderungsberechtigten auszahlenden Gläubigers besonders zu erleichtern, wie es in § 11 pr. K.-O. geschehen war, wurde jedoch nicht als angemessen angesehen. Es ist vielmehr die Frage, welche Form für die Subrogation vorgeschrieben, bezw. ob eine Cession nothwendig ist, lediglich nach dem geltenden bürgerlichen Rechte zu beurtheilen. Ebenso wurde die Frage, ob und inwieweit ein Gläubiger während des Konkursverfahrens genöthigt werden kann, sich abfinden und einen Anderen an seine Stelle eintreten zu lassen, dem Landesrechte vorbehalten. (M.: a. a. O.)

§ 13.

Die Eröffnung des Konkursverfahrens hemmt nicht den Lauf der Verjährung. Durch die Anmeldung einer Konkursforderung wird deren Verjährung unterbrochen.

(E.: § 13. M.: 58 ff. K.: 14 ff., pr. K.-O. § 8.)

1.

Die Frage, ob durch die Konkurseröffnung der Lauf der Klagverjährung gehemmt wird, hat sowohl nach gemeinem Recht, als nach den Konkursordnungen der verschiedenen Länder zu vielen Streitigkeiten Veranlassung gegeben und es wurde die Frage nach dem Satze: „agere non valenti non currit praescriptio" vielfach bejaht. [1]) Da nun nach der K.-O. die Gläubiger des Gemeinschuldners in der Verfolgung ihrer Rechte in keinem Falle gehindert sind, sondern, soweit sie nicht aus der Konkursmasse Befriedigung suchen, ohne Weiteres gegen den Gemeinschuldner Klage auf Feststellung erheben können (v. Bem. I. 1 und III. zu §§ 8 ff.), wurde im § ausdrücklich bestimmt, dass das Konkursverfahren auf

[1]) V. für das gemeine Recht: Seuffert Archiv Bd. 20 Nr. 171 und 176, S. 272 ff. und 283 ff., ferner Bd. 22 Nr. 208 S. 326, Bd. 28 Nr. 191 S. 326. Bezüglich der pr. K.-O. wurde vom Obertribunal, das die Anstellung von Klagen gegen den Gemeinschuldner während des Konkursverfahrens für unstatthaft erklärte, folgerichtig an dem Grundsatz festgehalten, das die Konkurseröffnung den Lauf der Verjährung sowohl gegen die Masse als gegen den Gemeinschuldner unterbreche. (V. die oben Bem. III. zu §§ 8 ff. angeführten Entscheidungen.) Nach französischem Recht gilt

den Lauf der Verjährung keinen Einfluss übt, und es hat hienach jeder Gläubiger selbst dafür zu sorgen, dass die Verjährung nicht eintritt. Will sich ein Konkursgläubiger zunächst an die Konkursmasse halten, und meldet er demgemäss seine Forderung gemäss § 127 im Konkursverfahren an, so hat dies nach der ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes dieselbe Wirkung, als ob er gegen den Gemeinschuldner Klage erhoben hätte. „Auf die Form der Verfolgung kommt es nicht an, sondern darauf, dass der Gläubiger in der vom Gesetz vorgeschriebenen Weise sein Recht thätig verfolge. Zudem zieht die K.-O. auch den Gemeinschuldner zum Verfahren zu, lässt auch ihn sich über die angemeldete Forderung erklären und, falls er dies unterlässt, die Vollstreckung der Feststellung gegen ihn eintreten. Die Anmeldung begreift daher mittelbar auch eine Verfolgung gegen die Person des Schuldners in sich.“ (M.: 59.) Mit Rücksicht darauf, dass in dem früheren Entwurf ausdrücklich gesagt worden war: „die Unterbrechung wirkt auch gegen den Gemeinschuldner“, bemerkte Hullmann in der Reichstagskommission: „er nehme an, dass dieser Satz als selbstverständlich weggeblieben sei“, was Regierungsrath Hagens bestätigte. (K.: 14 und 15.) Unterlässt der Konkursgläubiger die Anmeldung, so muss er, wenn er den Eintritt der Verjährung hindern will, die Feststellung seiner Ansprüche auf dem Wege der Klage verfolgen und dadurch eine Unterbrechung der Verjährung herbeiführen. Ebenso muss die Unterbrechung durch Klagerhebung in allen den Fällen erfolgen, in denen es sich nicht um eine „Konkursforderung“ (Bem. I. 4 zu § 2) handelt.

Dass die Vorschriften des § sich auf alle Arten von Forderungen, insbesondere auch auf die Verjährung der Wechselforderungen erstrecken, ergibt sich schon aus der allgemeinen Fassung des Gesetzes. Es wurde dies aber auch in den Motiven ausdrücklich hervorgehoben und in Beziehung auf die kurzen Verjährungsfristen der Art. 78 und 79 W.-O. besonders gerechtfertigt. Die Vorschrift des Art. 80 W.-O., nach welcher die Verjährung der Wechselklagen nur durch die Behändigung der Klage und durch die Streitverkündigung von Seite des Beklagten unterbrochen werden soll, wurde durch § 3 Abs. 2 Einf.-Ges. dahin abgeändert, dass die Verjährung auch nach Massgabe des § 13 (d. h. durch die Anmeldung der Forderung) unterbrochen wird. Ebendaselbst ist (in Abs. 4) bestimmt, dass die Anmeldung der Konkursforderung im Konkursverfahren gegen eine Genossenschaft, auch die zu Gunsten eines ausgeschiedenen oder ausgeschlossenen Genossenschafters laufende Verjährung (§ 64 des Genossenschaftsgesetzes vom 4. Juli 1868) unterbricht.

2.

Ob nicht für den Fall, „dass die angemeldete Forderung bei deren Prüfung bestritten und durch Anstellung eines Spezialprozesses oder durch Auf-

ebenfalls der Grundsatz, dass die Fallimentseröffnung den Lauf der Verjährung nicht unterbricht, sondern eine Unterbrechung nur durch die Anmeldung der Forderung bewirkt wird. Sirey-Gilbert zu Art. 2252 C. c. Nr. 14 und zu Art. 189 C. civ. Nr. 29.

nahme des anhängig gewesenen Prozesses verfolgt wird" eine besondere Bestimmung zu treffen sei, wurde bei Aufstellung des Entwurfs erwogen. Man entschied sich aber mit Rücksicht auf die abweichenden Vorschriften, welche in den in Deutschland geltenden bürgerlichen Rechten bezüglich der Wirkungen der Unterbrechung der Verjährung durch Klage gelten, dafür, eine solche Vorschrift nicht aufzustellen und es wurde dies in den Motiven (60 und 61) in folgender Weise gerechtfertigt: „Ohne in den Zusammenhang der einzelnen Bestimmungen des Landesrechts störend einzugreifen, lässt sich nicht einheitlich für das Gebiet der Konkursordnung die oben gestellte Frage beantworten, welche Wirkung es habe, wenn die angemeldete Forderung überhaupt nicht weiter verfolgt wird — ob dann die unterbrochene Verjährung mit einer neuen oder anderen Frist beginnen und von wann ab dies geschehen soll, oder ob die Unterbrechung als nicht erfolgt, oder ob und in welcher Weise die Verjährung als gehemmt anzusehen ist? Ebenso wie diese Fragen könnte der Fall in Betracht gezogen werden, dass der Gläubiger die Anmeldung zurücknimmt. Alle diese Fälle können und müssen der Entscheidung durch das Landesrecht überlassen werden." Im Allgemeinen wird übrigens zwischen dem Fall, in welchem die Forderung im Konkursverfahren festgestellt und in die Tabelle eingetragen worden ist (§§ 132 und 133) und denjenigen Fällen zu unterscheiden sein, in welchen dies nicht geschah, die Forderung vielmehr zurückgewiesen wurde. Wurde die Forderung vom Verwalter und den Konkursgläubigern anerkannt, so wird die Verjährung erst nach Beendigung des Konkursverfahrens und zwar erst von der öffentlichen Bekanntmachung derselben an (§ 189) wieder zu laufen anfangen und es wird dies auch dann der Fall sein, wenn der Gemeinschuldner selbst die Forderung bestritten hat, da der Gläubiger erst mit der Beendigung des Konkursverfahrens erfährt, für welchen Betrag er nicht befriedigt wird, und vorher (nach § 11) eine Zwangsvollstreckung gegen den Gemeinschuldner nicht betreiben kann. [1]) Falls der Konkurs durch einen Zwangsvergleich (§§ 160 ff.) beendigt wurde, wird sogar der Lauf der Verjährung erst mit dem Verfalltag der ersten Akkordrate wieder beginnen, da erst von diesem Zeitpunkte an Klage erhoben werden kann. [2]) Ist die Forderung allseitig anerkannt worden, so dass sie auch dem Gemeinschuldner gegenüber als durch rechtskräftiges Urtheil festgestellt gilt (§ 152 Abs. 2), so fängt eine neue Verjährung (der activ judicati) zu laufen an, und es wird in diesem Falle die Verjährung in der Regel erst nach Ablauf von 30 Jahren eintreten. [3]) Hat der Gemeinschuldner die Forderung bestritten, so dass ihm gegenüber die Eintragung in die Tabelle nicht wie ein Urtheil wirkt (§ 132), so wird dagegen diejenige Verjährung laufen, die nach dem geltenden Rechte im Falle der Litispendenz zur Anwendung kommt. Wird die Forderung vom Verwalter oder einem Konkursgläubiger bestritten, so muss ebenfalls die

[1]) A. M. von Wilmowski § 13 Bem. 3 S. 83.

[2]) V. von Sarwey § 13 Bem. 3 S. 55 ff.

[3]) V. von Sarwey Bem. 3 Z. 4 S. 56; Hullmann § 13 Bem. 3 S. 96: von Völderndorff § 13 Bem. f. S. 179.

für den Fall der Litispendenz festgesetzte Verjährungsfrist Platz greifen. [1]) Die Verjährungsfrist, welche im Falle der Litispendenz wieder zu laufen beginnt, wird in Ermangelung einer besonderen Vorschrift dieselbe Frist sein, welche vor Eintritt der Verjährung lief, was nach gemeinem Rechte allerdings bestritten ist. Mit Aufhebung des Konkurses hört übrigens, da die behufs Feststellung der Konkursforderung anhängigen Prozesse (§ 134) nur für das Konkursverfahren Bedeutung haben, die Litispendenz und die damit zusammenhängende besondere Verjährung auf und beginnt die ursprüngliche, durch die Anmeldung unterbrochene Verjährung wieder ihren Lauf. [2]) Von besonderer Wichtigkeit sind diese Fragen für die kurzen Verjährungsfristen des Wechselrechts.

§ 14.

Befindet sich der Gemeinschuldner mit Dritten in einem Miteigenthume, in einer Gesellschaft oder in einer anderen Gemeinschaft, so erfolgt die Theilung oder sonstige Auseinandersetzung ausserhalb des Konkursverfahrens.

(E.: § 14. M.: 61 ff. K.: 15 ff.)

Die Vorschrift des § wurde in den Motiven (61) in folgender Weise erläutert: „Der § 14 bezieht sich auf die Fälle einer Gemeinschaft des Gemeinschuldners mit einer anderen Person, betreffe die Gemeinschaft eine einzelne Sache, einen Sachbegriff oder einen Rechtsbegriff, beruhe sie auf Vertrag, auf Beerbung oder anderen Gründen, bestehe sie mit dem Ehegatten oder mit anderen Personen. Ob die Eröffnung des Konkurses die Aufhebung solcher Gemeinschaft bewirkt, oder ob eine Aufhebung aus anderen Gründen erforderlich ist oder freiwillig herbeigeführt wird, stets gehört nur der bei der Theilung zu ermittelnde Antheil des Gemeinschuldners zur Konkursmasse. Befindet sich das ganze Gemeinschaftsobjekt in der Masse, so ist der Mitberechtigte die Aussonderung seines Antheils als Vindikant zu verlangen befugt; für diesen Fall würde § 35 genügen. Derselbe deckt aber die Mitberechtigten nicht für die

[1]) Von Sarwey stellt a. a. O. (Bem. 5 S. 56) die Ansicht auf, in diesem Falle beginne die neue Verjährung schon vom Ablauf des Prüfungstermins wieder zu laufen, da die Forderung von diesem Augenblick an (gemäss § 140) nicht mehr anhängig sei. Diese Ansicht wird aber von Hullmann (Bem. 3 Anm. 1 S. 97) mit Recht bekämpft, da eine streitig gebliebene Forderung, für welche (nach § 87) ein Stimmrecht gewährt werden könne, bis zur Zurücknahme oder Aufhebung des Konkursverfahrens immerhin anhängig bleibe, und von Sarwey selbst Litispendenz annehme.

[2]) V. Hullmann a. a. O. S. 96 und 97. A. M. ist von Sarwey (a. a. O. S. 56) und von Völderndorff (§ 13 Bem. E. S. 179), welcher letztere annimmt, dass nach gemeinem Recht die vierzigjährige Verjährung der Litispendenz zur Anwendung komme.

anderen Fälle; desshalb erscheint eine allgemeine Bestimmung wünschenswerth. In allen Fällen muss die Theilung oder sonstige Auseinandersetzung des Mitberechtigten mit dem Gemeinschuldner ausserhalb des Konkursverfahrens erfolgen. Dass bei derselben der Konkursverwalter die Stelle des Gemeinschuldners einzunehmen hat, versteht sich von selbst. In welcher Weise und in welchem Umfange die Theilung oder Auseinandersetzung zu bewirken ist, bestimmt sich nach dem vorliegenden Gemeinschaftsverhältniss. Dieses bestimmt auch die Rechte der Gemeinschaftsgläubiger. Mit der Theilung oder Versilberung des Gemeinschaftsobjekts und der Befriedigung der Gemeinschaftsschuldner ist der Antheil ermittelt, welcher zur Konkursmasse des Gemeinschuldners gehört. Dass aber aus diesem Antheile auch die Mitberechtigten wegen ihrer Gemeinschaftsforderungen vorzugsweise und abgesonderte Befriedigung sollen verlangen dürfen, setzt § 44 fest." Hienach handelt es sich hier wie im Falle des § 3 Abs. 2 um Durchführung des Grundsatzes, dass im Konkursverfahren nur die gemeinschaftliche Befriedigung der Konkursgläubiger aus der Konkursmasse zu erfolgen hat, die Auseinandersetzung anderer Rechtsverhältnisse aber ausserhalb des Konkursverfahrens vorzunehmen ist. Ob die Personen, mit denen die Gemeinschaft besteht, zugleich Konkursgläubiger sind, ist natürlich einerlei. Auch ist nicht blos die Theilung selbst unabhängig vom Konkurse vorzunehmen, sondern es sind auch die etwaigen Streitigkeiten über den Umfang der Gemeinschaftsmasse, z. B. die Prozesse darüber, ob gewisse Gegenstände zu der betr. Gemeinschaft oder zur Konkursmasse gehören, ausserhalb des Konkursverfahrens auszutragen. Bezüglich aller dieser Fragen wird das dem Gemeinschuldner den anderen Betheiligten gegenüber zustehende Verwaltungsrecht (nach § 5 Abs. 2) durch den Konkursverwalter ausgeübt, der sich also auch um die Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens, die Fortführung eines gemeinschaftlich betriebenen Geschäfts etc. zu kümmern und von denjenigen Befugnissen Gebrauch zu machen hat, die dem Gemeinschuldner nach Vertrag oder Gesetz zustehen.

In § 19 des ersten Entwurfs (zu einer deutschen Gemeinschuldordnung) war ausdrücklich gesagt, dass die Vorschriften des Gesetzes über das Verhältniss des Gemeinschuldners zur Gemeinmasse auf den Erben Anwendung finden, wenn der Gemeinschuldner während des Verfahrens stirbt, oder ein solches über einen Nachlass eröffnet wird. Dieser § wurde jedoch, wie Regierungsrath Hagens in der Reichstagskommission bemerkte, „theils weil er selbstverständlich, theils weil seine allgemeine Fassung nicht unbedenklich gewesen sei", bei Aufstellung des zweiten Entwurfs gestrichen." (K.: 15.)

ZWEITER TITEL.

Erfüllung der Rechtsgeschäfte.

(§§ 15—21.)

Vorbemerkungen.

1.

Die Rechtsgeschäfte, welche vom Gemeinschuldner vor Eröffnung des Konkursverfahrens abgeschlossen wurden, werden, sofern sie nicht nach den Vorschriften des folgenden Titels (§§ 22 ff.) angefochten werden können, an sich durch die Konkurseröffnung nicht in ihrem rechtlichen Bestande berührt. Insbesondere hat diese dann keinen Einfluss, wenn die aus diesen Rechtsgeschäften entsprungenen Verbindlichkeiten bereits vor der Konkurseröffnung erfüllt worden sind. Auch wenn dies noch nicht geschehen ist, liegt die Sache einfach, wenn es sich um einen einseitigen Vertrag handelt, und demgemäss nur auf einer Seite, sei es bei dem Gemeinschuldner oder dem anderen Vertragsschliessenden eine Verbindlichkeit vorliegt. Steht dem Gemeinschuldner eine Forderung zu, so wird dieselbe an seiner Statt vom Konkursverwalter für Rechnung der Masse geltend gemacht. Handelt es sich um eine Forderung, die der anderen Partei gegen den Gemeinschuldner zusteht, so kann dieselbe entweder als Konkursforderung geltend gemacht werden, und finden desshalb die §§ 126 ff. auf dieselbe Anwendung, oder es kommt ihr diese Eigenschaft nicht zu, und wird dieselbe dann durch das Konkursverfahren gar nicht berührt. In allen diesen Fällen kann die Erfüllung der in Frage stehenden Verbindlichkeit in der Regel ungeachtet des Konkursverfahrens verlangt werden; nur die Art und Weise der Geltendmachung wird vielfach geändert und thatsächlich das Ergebniss derselben bei Forderungen gegen den Gemeinschuldner durch dessen Zahlungsunfähigkeit beeinträchtigt.

Erhebliche Schwierigkeiten ergeben sich dagegen auch in rechtlicher Beziehung, wenn es sich um zweiseitige Verträge handelt, bei denen die Verbindlichkeit zu einer Leistung und die zu der dieselbe vergeltenden Gegenleistung in einem gewissen Gegenseitigkeits- oder Abhängigkeits-Verhältnisse stehen. Hier muss, wenn von Seite des Gemeinschuldners nicht oder nicht vollständig erfüllt werden kann, die Frage aufgeworfen werden, ob dessenungeachtet der andere Theil rechtlich zur Erfüllung der ihm obliegenden Verbindlichkeit angehalten werden kann, oder ob der Vertrag aufgelöst werden soll. Falls Ersteres angenommen wird, entsteht die weitere Frage, ob nicht auch die Konkursmasse zur vollständigen Erfüllung der dem Gemeinschuldner obliegenden Verbindlichkeit verpflichtet ist, also die Forderung gegen den Gemeinschuldner nicht als eine gewöhnliche Konkursforderung zu behandeln ist, sondern eine Masseschuld (§§ 50 ff.) begründet. Während sich viele Konkursordnungen einer Beantwortung dieser Fragen enthalten, die Lösung vielmehr nach den allgemeinen Grundsätzen

erfolgen lassen, welche sich aus der Natur des unerfüllten Vertrags und aus dem Wesen des Konkurses ergeben, glaubte man bei Aufstellung des Entwurfs nach dem Vorgang der pr. K.-O. (§§ 15—21 bezw. 22 und 23) von einer gesetzlichen Regelung nicht absehen zu dürfen, und es wurde dies in den Motiven (63) in folgender Weise gerechtfertigt: „Die Lösung dieser Schwierigkeiten lediglich der Anwendung allgemeiner Grundsätze des bürgerlichen Rechts und des Konkursrechts zu überlassen, erscheint bedenklich, da es fraglich sein würde, welche Vorschriften des bürgerlichen Rechts anzuwenden seien, ob die Vorschriften über die Nichterfüllung eines Vertrags, oder einer Unmöglichkeit seiner Erfüllung oder der Erfüllungsart und zwar zufolge „„Verschuldung““ des einen Kontrahenten oder zufolge eines in der Person desselben eingetretenen „„Zufalls““ oder zufolge eines „„blossen Zufalls““ — oder die Vorschriften über das Recht zum Rücktritt von den Verträgen wegen Verzugs oder wegen Veränderung der Umstände. Es erscheint dies um so bedenklicher, als die Bestimmungen der einzelnen Rechtssysteme in diesen Materien auf das Erheblichste von einander abweichen. Die Anwendung derselben auf das Konkursrecht der Praxis zu überlassen, würde daher nicht bloss einer unabsehbaren Verwirrung Raum geben, sondern es würde bei manchen Rechtssystemen auch einen unvermeidlichen Widerspruch mit nothwendig festzuhaltenden Grundsätzen des Konkursrechts hervorrufen. (Vergl. Bem. zu § 21.) Es konnte daher einer gesetzlichen Regelung der Frage nicht ausgewichen werden. Der Entwurf stellt in § 15 für die Erfüllung zweiseitiger Verträge des Gemeinschuldners die Regel auf und setzt im § 20 das Verhältniss derselben zu den Vorschriften des bürgerlichen Rechts fest; § 16 enthält von der Regel des § 15 eine Ausnahme nach der einen, und die §§ 17—19 eine Ausnahme nach der anderen Richtung. Zum Beschluss fasst § 21 die Folgen in's Auge, welche eine Einwirkung des Konkursverfahrens auf zweiseitige sowohl als auf einseitige Verträge nach sich zieht.“

2.

Dass die Vorschriften der §§ 15—21 nur auf solche Fälle berechnet sind, in denen eine Erfüllung der in Frage stehenden Verbindlichkeit durch den Konkursverwalter bezw. an denselben überhaupt möglich ist, ergibt sich schon aus der Natur der Sache. Es wurde dies aber auch in den Motiven (64) ausführlich entwickelt, indem dort gesagt wurde: „Die dem Konkursrecht angehörigen Sonderbestimmungen des Titels können natürlich nicht angewendet werden auf solche zweiseitige Verträge, welche den Konkursverhältnissen überhaupt nicht unterliegen, insofern nämlich die Natur des Vertrages es nicht zulässt, dass die vertragsmässige Leistung an Stelle des Gemeinschuldners, sei es an den Verwalter zur Konkursmasse, sei es von demselben aus der Masse erfolgen kann. Dies ist der Fall mit allen an die Person des Gemeinschuldners geknüpften, sogen. rein persönlichen Rechten und Pflichten desselben. Seine rein persönlichen Rechte gehören schon an sich nicht zur Konkursmasse; es können aber auch diejenigen Ansprüche nicht durch den Verwalter für die Konkursmasse ausgeübt werden, deren Leistung nur an und nur für die Person des Gemeinschuldners, ohne eine Beziehung auf das die Konkursmasse bildende Vermögen desselben, auszuführen,

deren Verwerthung daher für die Konkursmasse ausgeschlossen ist (§ 1). So kann von einer Anwendung der §§ 15—19 auf ein Kontraktsverhältniss des Gemeinschuldners mit seinem Hausarzt [1]) oder mit einer Amme oder den Erziehern seiner Kinder nicht die Rede sein. Ob gegenüber dem Gemeinschuldner diese Verträge bestehen bleiben, oder ob in Folge des über ihn ausgebrochenen Konkurses die Erfüllung derselben unterbleibt oder ihre Aufhebung eintritt, bestimmt sich nach den allgemeinen oder besonderen Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Für die Konkursmasse und das Konkursrecht haben sie nur die Bedeutung, dass die Berechtigten ihre durch eine Nichterfüllung oder Aufhebung des Kontrakts etwa entstandene Entschädigungsforderung als Konkursgläubiger geltend zu machen haben würden (§ 21). Ebenso verhält es sich, wenn die Verbindlichkeit des Gemeinschuldners aus einem zweiseitigen Vertrage nur von ihm persönlich erfüllt werden kann, z. B. bei einer Verpflichtung desselben, ein schriftstellerisches oder künstlerisches Werk auszuführen, Unterricht zu ertheilen u. s. w. Hier würde die Erfüllung durch den Verwalter entweder unmöglich, oder wenigstens die Leistung eine derartige sein, dass sie den Kontrakt zu einem anderen machen würde. Der Verwalter hat in einem solchen Falle weder das Recht noch die Pflicht, die Verbindlichkeit des Gemeinschuldners zu erfüllen. Dieselbe kann oder muss entweder nach wie vor Eintritt des Konkurses gegen die Person des Schuldners verfolgt (vergl. Mot. zu §§ 8 und 9 Eing.) oder es mag gegen die Konkursmasse das Interesse wegen Nichterfüllung als Konkursforderung liquidirt werden. Diese Folgerungen ergeben sich bei einer Berücksichtigung der allgemeinen Prinzipien der Konkursordnung (Titel I) von selbst, ohne dass es einer ausdrücklichen Bestimmung durch das Gesetz bedürfte." Eine Ausnahme von den hier aufgestellten Grundsätzen wurde nur bei den Dienstverträgen, von denen § 19 handelt, gemacht, insofern dieselben auch dann von der Masse bis zum Ablauf der Kündigungsfrist erfüllt werden müssen, wenn die Dienstleistungen an die Person des Gemeinschuldners bezw. seiner Angehörigen geknüpft sind. (Vergl. Bem. 2 zu § 19.)

§ 15.

Wenn ein zweiseitiger Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens von dem Gemeinschuldner und von dem anderen Theile nicht oder nicht vollständig erfüllt ist, so kann der Konkursverwalter an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag erfüllen und die Erfüllung von dem anderen Theile verlangen.

[1]) Das preuss. Obertribunal entschied am 25. Juni 1863 (Striethorst Bd. 52 Nr. 2 S. 2 u. ff.), ob ein mit dem Hausarzt abgeschlossener Vertrag aufgehoben werde oder dem Gemeinschuldner gegenüber fortbestehe, sei nicht nach §§ 16 und 19 pr. K.-O. sondern nach den allgemeinen Grundsätzen über die Erfüllung der Verträge zu beurtheilen.

Der Verwalter muss auf Erfordern des anderen Theils, auch wenn die Erfüllungszeit noch nicht eingetreten ist, demselben ohne Verzug erklären, ob er die Erfüllung verlangen will. Unterlässt er dies, so kann er auf der Erfüllung nicht bestehen.

(E.: § 15. M.: 64. ff. K.: 15. 148 u. 156, pr. K.-O. §§ 15 u. 16.)

I.

Wahlrecht des Konkursverwalters.

(Abs. 1.)

1.

Allgemeiner Grundsatz.

Wenn der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung einen „zweiseitigen Vertrag" (Bem. I. 2) abgeschlossen hat, und die aus demselben entspringenden Verbindlichkeiten noch von keiner Seite vollständig erfüllt sind, so kann derjenige, der den Vertrag mit dem Gemeinschuldner einging, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht die vollständige Erfüllung der dem Gemeinschuldner obliegenden Verbindlichkeiten aus der Masse (§§ 50 ff.) verlangen. „Der Mitkontrahent ist persönlicher Gläubiger des Gemeinschuldners. Als solcher unterliegt er den Wirkungen des Konkursverfahrens. Dasselbe hemmt die Ausführung der schwebenden obligatorischen Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners. Bei der gleichmässigen Vertheilung der gemeinschaftlichen Masse wird jede Forderung in der Lage berücksichtigt, in welcher sie sich beim Eintritt des Verfahrens befindet. Der Umstand, dass der Gläubiger aus einem zweiseitigen Vertrage auf Grund desselben zugleich eine Verbindlichkeit zu erfüllen haben würde, kann wohl den Betrag seiner Gegenforderung vermindern oder erhöhen, gibt ihm aber kein Recht, auf der vollen, vertragsmässigen Vollstreckung derselben zu beharren." (M.: 65.)

Auf der anderen Seite kann die Geltendmachung der dem Gemeinschuldner zustehenden Forderung durch den Konkursverwalter von dem Schuldner nicht schon aus dem Grunde bestritten werden, weil über das Vermögen desselben Konkurs eröffnet wurde. „Der Mitkontrahent kann die Leistung seiner Verbindlichkeit nicht unter dem Vorgeben verweigern, dass ihm eine Gegenleistung zustehe, denn soweit die letztere noch rückständig ist, muss ihm der Verwalter für dieselbe gerecht werden. Die Ausführung der Gegenleistung durch diesen gibt dem Mitkontrahenten im Allgemeinen keinen Grund, vom Vertrage zurückzutreten." (M.: 66.) Die pr. K.-O. enthält zwar (in § 16 Abs. 2) zu der Vorschrift, dass der Vertrag auf Verlangen der Gläubigerschaft erfüllt werden müsse, den Zusatz: „sofern nicht etwa der Mitkontrahent des Gemeinschuldners wegen der durch die Konkurseröffnung eingetretenen Veränderung der Umstände befugt ist, auf Grund der allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen das Geschäft aufzuheben." Ebenso macht die österr. K.-O. (§ 22 n. E.) den Vorbehalt: „Im

Uebrigen werden dadurch die Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts über die Zulässigkeit des Rücktritts von einem Vertrage... nicht berührt." Von der Aufnahme einer derartigen Bestimmung wurde aber bei Aufstellung des Entwurfs abgesehen und es wurde dies in den Motiven (66 und 67) in folgender Weise gerechtfertigt: „Insoweit diese Zusätze dem Kontrahenten das Recht vorbehalten sollen, aus einem vor der Eröffnung des Konkursverfahrens oder unabhängig von diesem begründeten Umstande, z. B. wegen Betrugs, Irrthums, Verzugs u. s. w., von dem Vertrage abzugehen, sind sie überflüssig und nur geeignet, Missverständnisse hervorzurufen. Ein solcher Rücktrittsgrund wird nicht berührt; es fragt sich vielmehr nur, ob die Eröffnung des Konkursverfahrens selbst einen Grund zur Aufhebung des Vertrages zu Gunsten des Mitkontrahenten abgeben soll. Diese Frage muss verneint werden; denn abgesehen davon, dass eine Veränderung der Umstände — eigentlich nach allen Rechtssystemen — überhaupt nicht eine Aufhebung des Vertrags begründet, darf eine solche Veränderung gewiss nicht in dem Eintritt des Konkursverfahrens gefunden werden. Es würde von Seiten des Mitkontrahenten offenbar eine Chikane sein, wenn er eine Leistung des Verwalters zurückweisen wollte, die ihm ganz dasselbe gewährt, was er durch die Leistung des Gemeinschuldners haben würde."

Aus dieser in den Motiven noch ausführlicher entwickelten Auffassung ergab sich die in Abs. 1 des § enthaltene Vorschrift, nach welcher es im Belieben des Konkursverwalters steht, ob er den vom Gemeinschuldner abgeschlossenen Vertrag erfüllen und dem entsprechend auch die Erfüllung durch den Gegner verlangen will, diesem aber kein Recht zusteht, auf der vollständigen Erfüllung zu bestehen. „Ist einerseits der Verwalter nicht verpflichtet, die persönlichen Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners, andrerseits aber berechtigt, die Forderung des Gemeinschuldners nach eröffnetem Konkurse zur Ausführung zu bringen, so ist damit das *Wahlrecht des Verwalters* gegeben, *die Erfüllung des Vertrages zu verlangen, oder es bei der Nichterfüllung zu belassen.* Des letzteren braucht das Gesetz nicht Erwähnung zu thun; die Nichterfüllung ist die unmittelbare Folge der Konkurseröffnung; das Gesetz braucht nur auszusprechen, dass der Verwalter befugt ist, auf der beiderseitigen Erfüllung zu bestehen." (M.: 67.)

Solche Verträge, bei welchen „die Leistung derart an die Person des Gemeinschuldners gebunden ist, dass sie entweder überhaupt nicht durch den Verwalter erfolgen kann, oder dass die Leistung durch den Verwalter zu einer anderen werden würde", fallen, wie sich aus den Ausführungen in Vorbem. 2 ergibt, und auch bei § 15 in den Motiven (67) hervorgehoben wurde, nicht unter die Vorschrift des §. Hier kann die Masse, da der Verwalter nicht an Stelle des Gemeinschuldners erfüllen kann, auch die Gegenleistung nicht verlangen; es bleibt vielmehr dem andern Theil überlassen, sich wegen der Erfüllung nach wie vor an den Gemeinschuldner selbst zu halten, oder, wenn dieser nicht erfüllen kann oder will, Entschädigung zu verlangen. Diese letztere kann dann allerdings im Konkursverfahren liquidirt werden. Die Frage, ob ein derartiger Vertrag durch die Konkurseröffnung aufgehoben wird, ist nach bürgerlichem Recht zu

beurtheilen. Auch für eigentliche Dienstverträge im Sinne des § 19 gilt das Gesagte, wenn der Gemeinschuldner derjenige ist, der die Dienste zu leisten hat.

2.
Erforderniss des zweiseitigen Vertrags.

Die Vorschrift des § findet nur auf solche Verträge Anwendung, bei denen von beiden Seiten eine Leistung übernommen wird, und die häufig auch als „gegenseitige“ oder „wechselseitige“ Verträge bezeichnet werden. Es genügt nicht, dass der Gläubiger aus dem Vertrage zufällig auch zu einer Leistung verpflichtet ist, sondern es wird vorausgesetzt, dass die den Vertragsschliessenden obliegenden Verbindlichkeiten gleichmässig in dem Vertrage, nicht etwa in zufälligen, äusserlich hinzutretenden Umständen, ihren Grund haben; m. a. W., dass die eine Leistung der anderen gegenüber als Gegenleistung erscheint und nur mit Rücksicht auf diese und unter Voraussetzung von deren Ausführung verlangt werden kann. (M.: 64. 65, Vorbem. 1 und Bem. 1.). Es soll offenbar mit dem Ausdrucke: „zweiseitige Verträge“ dasselbe bezeichnet werden, was die pr. K.-O. (§ 16) mit den Worten: „ein Rechtsgeschäft, welches auf gegenseitige Leistung gerichtet ist“, ausdrückt, und was der Code civil (Art. 1102) im Auge hat, wenn er sagt: „Le contrat est synallagmatique ou bilatéral, lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres.“ Ob ein solches Verhältniss vorliegt, ist nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu beurtheilen. Doch wird sich eine grosse Verschiedenheit in dieser Beziehung kaum herausstellen. Der Kaufvertrag und die demselben verwandten Geschäfte, der Tauschvertrag, Trödelvertrag, die Verpflichtung der Gastwirthe, Fracht- und Schiffsführer, sowie Spiel und Wette, sind jedenfalls als „zweiseitige Verträge“ im Sinne des Gesetzes anzusehen. Als einseitige Verträge werden das Darlehen, das Schenkungsversprechen, die Bürgschaftsleistung, der Unterpfandsvertrag, das Depositum, das Mandat anzusehen sein. Als Vorschriften, welche durch § 15 nicht berührt werden, wurden in den Motiven zu § 20 (S. 85 u. 86) angeführt: Die Bestimmungen des preuss. Landrechts (§§ 261 ff. und 421. II. 1, §§ 206 ff. und 268 ebendas. und §§ 656. 657. I. 11) über die ehelichen Güterverhältnisse, die Rechte des Gemeinschuldners am Vermögen seiner Kinder und die Wirkungen des Konkurses auf die Erfüllung eines Darlehensverprechens; die Vorschriften des preuss. Landrechts (§ 197 I. 13), des gemeinen Rechts (l. 8 § 3 D. mand. 17. 1 und l. 28 D. de neg. gest. 3. 5) und des Code civil (Art. 2003) über das Erlöschen von Vollmachten zufolge eines Konkurses, endlich die Bestimmungen der verschiedenen Gesetzgebungen (preuss. Landrecht §§ 300—315. I. 14, sächs. b. G.-B. § 1462, Code civil Art. 2020. 2023, 2026, 2027 und 2032) über die Einwirkung der Konkurseröffnung auf Bürgschaftsverhältnisse (vergl. auch Bem. I zu § 20).

Die praktische Bedeutung des Unterschieds liegt übrigens, wie kaum bemerkt zu werden braucht, nicht darin, dass im Falle eines einseitigen Vertrags der Konkursverwalter die Erfüllung der Verbindlichkeit nicht vom Schuldner verlangen könnte, sondern darin, dass derselbe die volle Leistung ohne Rücksicht

auf etwaige Gegenforderungen zu verlangen berechtigt ist, und diese nur als Konkursforderungen geltend gemacht werden können.

Hinsichtlich der Sachen- und Dienstmiethe enthalten die §§ 17—19 besondere Bestimmungen. Auf den Gesellschaftsvertrag, der gleichfalls einen zweiseitigen Vertrag bildet, wird § 15 keine Anwendung finden, weil das bürgerliche Recht bezüglich desselben wohl überall besondere Vorschriften enthält, die durch § 20 aufrecht erhalten sind (vergl. Bem. zu § 20).

3.
Voraussetzung der Nichterfüllung des Vertrags.

Dass die Vorschrift des § nur dann Anwendung finden kann, wenn weder von der einen noch von der anderen Seite der Vertrag vollständig erfüllt ist, also „Recht und Pflicht des Gemeinschuldners sich noch gleichzeitig gegenüberstehen“ (M.: 67), geht schon aus dem Wortlaut des Gesetzes hervor. Um über diese in den Motiven (a. a. O.) mit Bestimmtheit ausgesprochene Absicht keinen Zweifel aufkommen zu lassen, und die Auffassung auszuschliessen, dass der § auch den Fall treffe, „wenn der Vertrag zwar vom Dritten, vom Gemeinschuldner aber noch nicht oder doch nicht vollständig erfüllt sei“, wurden durch die Reichstagskommission die Worte „und von dem anderen Theile“ beigefügt, die im Entwurf fehlten. (K.: 148 und 149.) Ist von einer Seite der Vertrag vollständig erfüllt worden, so „vereinfacht sich das Rechtsverhältniss nach Art der einseitigen Verträge“. (M.: 67.) Es kann sonach der Konkursverwalter, wenn der Gemeinschuldner schon vor der Konkurseröffnung die ihm obliegende Verbindlichkeit vollständig erfüllt hatte, verlangen, dass auch die Gegenleistung vollständig erfüllt werde, und er kann nur diesen Anspruch geltend machen, dagegen keineswegs auf Grund der Konkurseröffnung die vom Gemeinschuldner vollzogene Leistung zurückfordern und insofern die Nichterfüllung des Vertrags herbeiführen. (M.: 67.) „Wenn umgekehrt der zweiseitige Vertrag vor der Konkurseröffnung von dem Mitkontrahenten vollständig erfüllt war und nur die Leistung des Gemeinschuldners ganz oder theilweise rückständig ist, so kann der Mitkontrahent seine Forderung auf diese nur als Konkursgläubiger liquidiren; der Verwalter hat nicht die Willkür, die Verbindlichkeit des Gemeinschuldners als Masseschuld zu erfüllen. Sollte der Mitkontrahent, der beispielsweise verkauft hatte, nach allgemeinem Gesetze Eigenthümer der von ihm dem Gemeinschuldner übergebenen Sache geblieben und daher zur Vindikation derselben berechtigt, oder auf Grund besonderer Bestimmung (vergl. § 36) befugt sein, die Sache zurückzufordern, ohne aber vom Vertrage abgehen zu können, so würde allerdings der Verwalter seinerseits die Erfüllung des Vertrags begehren dürfen, jedoch eben desshalb, weil und sofern der Mitkontrahent das Rechtsverhältniss in die Lage gebracht hat, als ob auch er nicht erfüllt hätte.“ (M.: 67 und 68.) In einem Falle der letzteren Art kann sich aber der Verwalter, wenn der andere Theil die Erfüllung rückgängig gemacht hat, selbstverständlich auf Grund des § auch für die Nichterfüllung entscheiden, und es wird dann der andere Kontrahent keine Entschädigung wegen Nichterfüllung verlangen können, da er diese selbst veranlasst hat. (Bem. III. 1 zu § 21.) Ob der Vertrag von einer Seite voll-

ständig erfüllt wurde, ist nach der Absicht der Parteien und dem geltenden bürgerlichen Recht zu beurtheilen. [1]) Doch kommt es, wenn die Leistung auf beiden Seiten noch theilweise rückständig ist, nicht darauf an, ob die betr. Verbindlichkeit zum grösseren oder kleineren Theile erfüllt worden ist. Ebenso wird das Wahlrecht des Verwalters nicht dadurch ausgeschlossen, dass schon vor der Konkurseröffnung auf Erfüllung des Vertrags geklagt wurde. [2])

Handelt es sich um eine Eigenthumsübertragung, so muss, damit der Vertrag als erfüllt gelten kann, von Seite des Verkäufers Alles geschehen sein, was von seiner Seite zu geschehen hat, um den Eigenthumsübergang zu bewirken. Es ist also, wenn hiezu die Uebergabe der Sache oder die Eintragung in das Grundbuch erforderlich ist, der Vertrag nur dann als erfüllt anzusehen, wenn zur Zeit der Konkurseröffnung die Uebergabe oder Eintragung bereits geschehen war. Dem entsprechend ist nach preussischem Recht (Ges. v. 5. Mai 1872) ein Kaufvertrag über Immobilien vor erfolgter Auflassung seitens des Verkäufers nicht erfüllt.[3]) Wenn die Eigenthumsübertragung, wie es nach französischem Recht (Art. 711, 1138, 1583 C. c.) der Fall ist, durch den blossen Vertrag bewirkt wird, so kann derselbe nicht schon desshalb als unerfüllt gelten, weil die Transkription des Titels, welche nach dem neueren französischen Recht (Ges. vom 23. März 1855 Art. 3) nothwendig ist, um das Eigenthum an Grundstücken Dritten gegenüber geltend zu machen, zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht erfolgt ist. Diese vorzunehmen, ist Sache des Käufers, und es kann, wenn dieser es versäumt hat, dem ihm übertragenen Recht Dritten gegenüber die Wirksamkeit zu sichern, nicht behauptet werden, der Verkäufer sei der ihm obliegenden Verbindlichkeit nicht nachgekommen. In allen diesen Fällen ist übrigens bezüglich der Frage, wann der Vertrag als erfüllt gelten soll, die Absicht der Parteien entscheidend, und es kann desshalb auch in dem Gebiete des franz. Rechts ungeachtet des erfolgten Eigenthumsübergangs der Vertrag als nicht erfüllt gelten, wenn zur vollständigen Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit die Verbriefung des Vertrags gehört, welche erst die Möglichkeit gewährt, das Eigenthum Dritten gegenüber geltend zu machen. Ebenso wird, wenn es sich um den Verkauf von Mobilien handelt, und, wie es meistens der Fall ist, der Vertrag nicht bloss die Uebertragung des Eigenthums, sondern auch die des Besitzes an

[1]) Dass der Kaufvertrag von Seite des Käufers nicht erfüllt ist, wenn die von ihm zum Zweck der Bezahlung des Kaufpreises hingegebenen Wechsel nicht eingelöst wurden, hat das pr. Obertribunal am 14. Nov. 1860 erkannt. (Striethorst Bd. 44 Nr. 48 S. 202 ff.) In derartigen Fällen ist es jedoch entscheidend, ob die Wechsel lediglich Zahlungshalber oder ob sie an Zahlungsstatt gegeben wurden, was im Zweifel nicht zu vermuthen ist. V. Renaud, Wechselrecht § 88 Anm. Borchard, Zus. 650; Seuffert, Archiv Bd. 21 Nr. 229, Bd. 22 Nr. 31, Bd. 24 Nr. 235 S. 358 ff. und Bd. 28 Nr. 123 S. 201 ff ; Siebenhaar Archiv für Wechselrecht Bd. I. S. 165 ff ; Erk. des R.-O.-H.-G. vom 3. Sept. 1872, Entsch. Bd. VII. S. 43 ff.

[2]) V. Erk. des pr. Obertrib. vom 20. Nov. 1860 (Striethorst Bd. 39 Nr. 52 S. 218 ff. und Hullmann § 15 Bem. 8 S. 102.

[3]) V. v. Wilmowski § 15 Bem. 2 S. 87.

der gekauften Sache zum Gegenstand hat, der Vertrag nicht als erfüllt gelten können, wenn die Uebertragung des Besitzes, die nach dem in Art. 2279 C. c. ausgesprochenen Grundsatze: „en fait de meubles la possession vaut titre" allein die Geltendmachung des Eigenthums gegenüber Dritten sichert, zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht erfolgt war. Neben den dinglichen Wirkungen des Vertrags sind auch die obligatorischen Ansprüche, welche aus demselben entspringen, zu beachten.

4.

Verlangen des Verwalters, dass der Vertrag erfüllt werde.

Verlangt der Konkursverwalter in den durch § 15 betroffenen Fällen, dass der andere Theil den Vertrag erfülle, so muss er zunächst die Leistung, mit welcher der Gemeinschuldner im Rückstand ist, selbst vollständig vornehmen. „In das nach allen Rechtssystemen begründete Recht des Mitkontrahenten, die von ihm geforderte Leistung abzulehnen, wenn ihm nicht die Gegenleistung gewährt wird, soll selbstverständlich nicht eingegriffen werden." (M.: 69.) Vielmehr ist in § 52 Z. 2 ausdrücklich ausgesprochen, dass der Anspruch des andern Theils aus zweiseitigen Verträgen, deren Erfüllung zur Konkursmasse verlangt wird, eine Masseschuld begründet. Die Fassung, dass der Konkursverwalter „an Stelle des Gemeinschuldners" erfüllen kann, wurde gewählt, um die Auffassung auszuschliessen, dass ein „Uebergang des Geschäfts auf die Gläubigerschaft" stattfindet, und klarzustellen, dass es sich nur um Erfüllung oder Nichterfüllung des Vertrags handelt. (M.: 68.)

Für die Art und Weise, in welcher die gegenseitigen Verbindlichkeiten zu erfüllen sind, ist der Inhalt des Vertrags massgebend, „der Verwalter hat die Leistung gleich dem Gemeinschuldner zu bewirken. Danach richtet es sich, ob Leistung und Gegenleistung Zug um Zug, oder ob eine und welche von ihnen vorgängig erfolgen muss. Konnte der Mitkontrahent von dem Gemeinschuldner Kaution für die Erfüllung verlangen, so muss der Verwalter die Sicherheit leisten. Dies gilt auch von einer gesetzlichen Kautionspflicht des Gemeinschuldners, wie sie beispielsweise Art. 1613 Code civil vorsieht." (M.: 69.) Dass der Gläubiger des Gemeinschuldners, wenn dieser selbst nicht zur Sicherheitsleistung verpflichtet wäre, nicht etwa befugt ist, wegen der Konkurseröffnung für die Gegenleistung vom Verwalter Sicherheit zu verlangen, ergibt sich schon aus dem Wortlaut des §, nach welchem dieser von dem andern Theile ebenso, wie es der Gemeinschuldner gekonnt hätte, Erfüllung verlangen kann. Es wurde dies aber auch in den Motiven (69) ausdrücklich hervorgehoben, und bemerkt: wenn auch mitunter die Konkursmasse nicht ausreichen möge, um alle Masseschulden zu bezahlen, so werde doch die Lage des Mitkontrahenten durch die Konkurseröffnung eine günstigere, als sie vorher gewesen, da der Mitkontrahent nicht mehr dem zahlungsunfähigen Gemeinschuldner gegenüberstehe und die Konkurrenz aller anderen Gläubiger zu befürchten habe, sondern seinen Anspruch gegen den Gemeinschuldner und als Masseanspruch erhebe. „Eine allgemeine Pflicht der Sicherheitsleistung würde das Recht des Verwalters auf Erfüllung

geradezu vereiteln; und in besonderen Fällen dieses Recht von einer Sicherheitsleistung abhängig zu machen, würde der Willkür Vorschub leisten und in der praktischen Durchführung auf unlösbare Schwierigkeiten stossen." (M.: a. a. O.) Selbst wenn nach den Vorschriften des Civilrechts die Unsicherheit der Erfüllung, oder der Vermögensverfall des Schuldners zum Verlangen einer Sicherstellung berechtigt, wird der Verwalter hienach nicht zu einer Sicherheitsleistung genöthigt sein, da die Verpflichtung desselben, wenn er sich für die Erfüllung entscheidet, eine Masseschuld bildet. [1])

5.

Rücktritt des Verwalters vom Vertrag.

Wenn der Konkursverwalter obgleich an sich aus der Konkursmasse erfüllt werden könnte die Erfüllung der dem Gemeinschuldner obliegenden Leistung ablehnt, wozu er nach den obigen Ausführungen (Bem. 1) unzweifelhaft berechtigt ist, so wird dadurch, wie auch von Regierungsrath Hagens in der Reichstagskommission (156) bemerkt wurde, eine Aufhebung des Vertrags nicht herbeigeführt, und bleiben dem andern Theil die Rechte, die sich aus der Nichterfüllung ergeben, vorbehalten, die Ablehnung wirkt jedoch insofern wie die Aufhebung, als auch der Verwalter die Erfüllung der rückständigen Gegenleistung nicht verlangen kann. Nach § 21 kann der Gläubiger des Gemeinschuldners nicht die Rückgabe der von ihm hingegebenen und in das Eigenthum des Gemeinschuldners übergegangenen Gegenstände verlangen, sondern, soweit ihm nicht ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung zusteht, lediglich seine Ansprüche auf Entschädigung als Konkursgläubiger geltend machen. (V. die Bem. zu diesem §.) Sowie er nur mehr Entschädigung verlangen kann, ist er aber durch die auch für den Gemeinschuldner bindende Erklärung des Verwalters, dass der Vertrag nicht erfüllt werde, auch dagegen geschützt, dass dieser selbst nach Beendigung des Konkurses die Erfüllung anbietet und verlangt. [2])

II.

Verpflichtung des Verwalters zur Abgabe einer Erklärung.
(Abs. 2.)

1.

Wenn der Verwalter die Erfüllung des Vertrags verlangen will, so muss er, sofern der andere Theil eine Erklärung verlangt, diese „ohne Verzug", d. h.

[1]) V. hieg. von Völderndorff, § 15 Bem. M. IV. S. 202. Der von diesem Schriftsteller angezogene § 29 W.-O. passt übrigens nicht hierher, da hienach der Aussteller Sicherheit stellen muss, wenn über das Vermögen des Acceptanten Konkurs eröffnet worden ist. Befindet sich auch der Aussteller in Konknrs, so muss die Sicherstellung auf Grund des § 29 W.-O. natürlich auch vom Verwalter seiner Konkursmasse geleistet werden. Das hat aber nichts mit dem Konkurs des Ausstellers zu thun, sondern diese Verpflichtung wäre auch dann begründet, wenn der Aussteller sich in glänzenden Vermögensverhältnissen befände.

[2]) So erkannte auch das preuss. Obertrib. am 21. Juni 1875 (Entscheid. Bd. 73 Nr. 20 S. 136 ff.) Dort wurde zwar angenommen, der Vertrag werde durch die Erklärung des Konkursverwalters definitiv aufgehoben. Die Gründe treffen aber im Uebrigen zu.

sobald es ihm unter den obwaltenden Umständen möglich ist, abgeben. In dieser Beziehung wurde in den Motiven (68 und 69) bemerkt: „Zur Ausübung des Wahlrechts muss der Verwalter, auch wenn die kontraktliche Erfüllungszeit noch nicht eingetreten ist, von dem anderen Theile angehalten werden können, damit dieser nicht durch die längere Ungewissheit Nachtheilen ausgesetzt werde, und damit er in der Lage sei, seine etwaige Entschädigungsforderung rechtzeitig zur Konkursmasse anzumelden. Die preussische (§ 16) und die österreichische Konkursordnung (§ 22 c.) lassen auf Antrag desselben durch das Gericht eine Erklärungsfrist bestimmen. Es liegt aber auf der Hand, dass die Dazwischenkunft des Gerichts, das zuvörderst über die Natur des Geschäfts und die dasselbe begleitenden Umstände klar werden muss, die Entscheidung verzögert. Es liegt auch kein Grund vor, die Verantwortlichkeit für die Rechtzeitigkeit seiner Erklärung dem Verwalter abzunehmen. Einer besonderen Erklärungsfrist bedarf es überhaupt nicht. Der Verwalter muss die schwebenden Verträge des Gemeinschuldners kennen oder sich die Kenntniss verschaffen. Eine besondere, noch so kurze Erklärungsfrist kann dem Mitkontrahenten die schwersten Verluste zufügen; oft bringen wenige Tage oder Stunden Kursschwankungen mit sich, welche der Verwalter nicht soll ausnützen dürfen; oft ist das Schiff oder der Transport, mit dem die bestellte Waare abzugehen im Begriff ist, oder mit dem sie abgehen müsste, wenn sie rechtzeitig eintreffen soll, nur auf telegraphischem Wege zu erreichen; oder der Schiffer meldet dem Verkäufer die Waare zur Abnahme an, schon den folgenden Börsentag würde die Kündigung nicht mehr oder nur mit erheblichem Schaden auf Andere übertragen werden können. Der Verwalter muss das nur ihm, nicht auch dem Kontrahenten zustehende Recht auf Erfüllung bei Verlust desselben ohne Verzug ausüben. Sollten die Parteien über die Rechtzeitigkeit der Erklärung in Streit gerathen, so mag der Prozessrichter darüber nach Lage des Falles entscheiden. Der Ausdruck „ohne Verzug“ lässt eine Berücksichtigung der einzelnen Umstände zu.“

Die Aufforderung zur Erklärung kann in jeder Form, also mündlich oder schriftlich geschehen, muss aber nöthigenfalls nachgewiesen werden. Hat der andere Theil, der unter Umständen auch ein Rechtsnachfolger des ursprünglichen Kontrahenten sein kann, den Konkursverwalter durch einen öffentlichen Beamten (z. B. Gerichtsvollzieher) zu einer Erklärung auffordern lassen, so wird er in der Regel diese Kosten tragen müssen, und nur dann deren Ersatz verlangen können, wenn der Verwalter eine mündliche oder schriftliche Aufforderung nicht beantwortet und dadurch die Kosten veranlasst hat. [1])

2.

Versäumt es der Verwalter, ungeachtet der ergangenen Aufforderung, rechtzeitig zu erklären, in welchem Sinne er sein Wahlrecht ausüben will, so kann

[1]) A. M. ist von Völderndorff, der (§ 15 Bem. i S. 198) die Ansicht ausspricht, dass der Gegenkontrahent nach Analogie des Art. 358 H.-G.-B. den Verzug des Konkursverwalters durch eine öffentliche Urkunde feststellen lassen könne. Dieser Art. setzt aber voraus, dass der Gegenkontrahent nach Art. 357 in Verzug ist, während hier der Konkursverwalter nicht verpflichtet ist, sich vor erhaltener Aufforderung zu erklären.

er auf der Erfüllung nicht bestehen; die Sache liegt also ebenso, als wenn er erklärt hätte, vom Vertrage abzugehen, und es kommt dann § 21 zur Anwendung. (V. Bem. I. 5.) Erklärt der Verwalter dagegen rechtzeitig, dass er auf Erfüllung des Vertrags bestehe, so ist Abs. 1 des § massgebend und es muss beiderseits in Gemässheit des Vertrags bezw. der gesetzlichen Vorschriften erfüllt werden. Auch bezüglich der Zeit der Erfüllung gelten die allgemeinen Vorschriften und man darf daraus, dass der Verwalter, wenngleich die Erfüllungszeit noch nicht eingetreten ist, sich ohne Verzug erklären muss, nicht schliessen, dass er auch sofort erfüllen müsse.

§ 16.

War die Lieferung von Waaren, welche einen Markt- oder Börsenpreis haben, genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist bedungen, und tritt die Zeit oder der Ablauf der Frist erst nach der Eröffnung des Verfahrens ein, so kann nicht die Erfüllung verlangt, sondern nur eine Forderung wegen Nichterfüllung geltend gemacht werden.

Der Betrag dieser Forderung bestimmt sich durch den Unterschied zwischen dem Kaufpreise und demjenigen Markt- oder Börsenpreise, welcher an dem Orte der Erfüllung oder an dem für denselben massgebenden Handelsplatze sich für die am zweiten Werktage nach der Eröffnung des Verfahrens mit der bedungenen Erfüllungszeit geschlossenen Geschäfte ergiebt.

Ist ein solcher Markt- oder Börsenpreis nicht zu ermitteln, so findet die Bestimmung des ersten Absatzes keine Anwendung.

(E.: § 16. M.: 69 ff. K.: 15, pr. K.-O. § 17.)

I.

Allgemeine Bemerkungen.

Nach § 16 soll das Wahlrecht, das dem Konkursverwalter in Gemässheit des § 15 zusteht, nicht eintreten, wenn es sich um Lieferung von Waaren handelt, die im Allgemeinen einen Markt- oder Börsenpreis haben, und bezüglich deren sich dieser Preis auch in dem betr. Falle ermitteln lässt, und wenn zugleich ein sogen. Fixgeschäft im Sinne des Art. 357 H.-G.-B. vorliegt und

die Zeit der Erfüllung erst nach der Konkurseröffnung eintritt. In solchen Fällen soll sich vielmehr das betr. Zeitgeschäft in ein Differenzgeschäft auflösen und nur eine Forderung wegen Nichterfüllung geltend gemacht werden können. Es handelt sich hier also um eine Ausnahmebestimmung, die nur dann zur Anwendung kommen kann, wenn die im § aufgestellten Erfordernisse sämmtlich vorliegen, und es hat, wenn eine dieser Voraussetzungen fehlt, bei der in § 15 aufgestellten Regel sein Bewenden.

II.

Voraussetzungen der Anwendung des §.

1.

Waaren, welche einen Markt- und Börsenpreis haben.

Während in der preuss. K.-O. (§ 17) von „fungibeln Sachen, welche einen marktgängigen Preis haben," gesprochen wird, denen dann noch „geldwerthe Papiere" beigefügt werden, kann § 16 überall zur Anwendung kommen, wo es sich um eine „Waare", d. h. um eine bewegliche Sache, welche überhaupt Gegenstand eines Kaufs sein kann, handelt. Die Anwendung dieses § scheint sich sonach auf ein weiteres Gebiet zu erstrecken, als die des § 17 der preuss. K.-O. Da aber solche Waaren vorausgesetzt werden, welche einen Markt- oder Börsenpreis haben, und nur vertretbaren Sachen diese Eigenschaft zukommt, ergibt § 16, wenn auch die Fassung verändert wurde, doch denselben Sinn, wie die entsprechende Vorschrift der preuss. K.-O., und es sind auch für die Annahme, dass eine sachliche Aenderung beabsichtigt wurde, keine Anhaltspunkte vorhanden. Dass die betr. Waare einen Markt- oder Börsenpreis hat, wird hier offenbar in demselben Sinne verlangt, in welchem dies im H.-G.-B. (V. z. B. die Art. 311, 343, 348, 354, 357, 365, 366) geschieht. „Dass der laufende Preis oder Kurs dieser Waare nach dafür bestehenden örtlichen Einrichtungen (einer Börse) regelmässig festgestellt zu werden pflegt", wird hienach nicht erfordert. Es genügt vielmehr, dass in der betr. Waare regelmässig ein so bedeutender Handel getrieben wird, dass sich aus den Preisen, die bei den einzelnen Geschäften erzielt werden, jeweils ein Durchschnittspreis ermitteln lässt. Im Entwurf II. Lesung zu Art. 358 des H.-G.-B. war noch die regelmässige Feststellung nach dafür bestehenden örtlichen Einrichtungen verlangt; der Artikel wurde aber „als den Beginn des Marktpreises zu eng fassend," gestrichen, und von Heimsöth bemerkt: „es müsse über die Waare, welche einen Markt- oder Börsenpreis an einem Orte haben solle, eine erhebliche Zahl von Geschäften an diesem Orte geschlossen worden sein, so dass an diesem Orte ein gemeiner Preis oder Durchschnittspreis für diese Waare bestehe, den man mit Sicherheit als von den besonderen Verhältnissen der Kontrahenten und den sonstigen speziellen Umständen eines einzelnen oder weniger einzelner Geschäfte unabhängig bezeichnen könne." [1])

[1]) V. Motive S. 74 Anm. 1; Hahn, Kommentar zum H.-G.-B. Art. 311 S. 119 ff.; Goldschmidt, Handelsrecht Bd. I. Abth. 2 S. 586 ff.; Erk. des R.-O.-H.-G. vom 13. April 1871 (Entscheid. Bd. II Nr. 47 S. 194 ff.).

Nach § 16 wird übrigens vorausgesetzt, dass sich für die in Frage stehende Waare „am Orte der Erfüllung oder an dem für denselben massgebenden Handelsplatz für die am zweiten Werktage nach der Eröffnung des Verfahrens mit der bedungenen Erfüllungszeit geschlossenen Geschäfte" ein solcher Markt- oder Börsenpreis ermitteln lässt. Es genügt also nicht, dass für die betr. Waare im Allgemeinen ein Markt- oder Börsenpreis besteht, sondern es muss ein solcher am Ort und zur Zeit der Erfüllung des fraglichen Lieferungsgeschäfts existiren, und, wenn auch nur mit Hülfe von Sachverständigen, ermittelt werden können. Ist dies nicht möglich, so bleibt es (nach Abs. 3) bei der in § 15 aufgestellten Regel. (V. Bem. III. 4.) [1]

2.

Zeit, zu welcher die Lieferung erfolgen soll.

Zur Anwendung des § wird ebenso wie in Art. 357 H.-G.-B. vorausgesetzt, dass die Lieferung der betr. Waare „genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist bedungen ist", also ein „Fixgeschäft" im Sinne der letzteren Vorschrift vorliegt. Dies geht schon aus der Fassung des Gesetzes hervor; es wurde aber auch in den Motiven (69) ausdrücklich hervorgehoben, dass die hier in Frage stehenden Zeitgeschäfte „die Hauptfälle der in Art. 357 H.-G.-B. vorgesehenen Fixgeschäfte bilden, deren Wesen darin besteht, dass die Erfüllung weder früher noch später als zu dem fixirten Termine geschehen darf, dass mit diesem Erfüllungstermin der Vertrag stehen oder fallen muss." Bei der Anwendung des § ist desshalb auf die Auslegung, welche der Art. 357 H.-G.-B. gefunden hat, und durch welche die gebrauchten Ausdrücke eine bestimmte Bedeutung erlangt haben, in erster Linie Rücksicht zu nehmen. Hienach genügt es zur Annahme eines „Fixgeschäfts" nicht, dass überhaupt eine bestimmte Zeit oder Frist für die Lieferung bedungen wurde und kommt es weniger auf den Wortlaut der betr. Bedingung als auf die Absicht der vertragschliessenden Parteien an. Weder der Umstand, dass die Lieferungszeit in allgemeinen Ausdrücken, wie „in kürzester Frist", „sobald als möglich", „Spätherbst", „bei offenem Wasser", „mit dem nächsten Dampfer", „von Woche zu Woche", „monatlich", „täglich" bestimmt wurde, noch eine genauere Bezeichnung derselben durch Worte, wie: „in der nächsten Woche", „am nächsten Montag", „Mitte November", „zweite Hälfte Juli", „ultimo September", „medio August" u. s. w. genügen an sich, um ein Zeitgeschäft zum Fixgeschäft zu machen. Vielmehr liegt ein solches nur dann vor, wenn nach der Absicht der Parteien die Zeitbestimmung einen so wesentlichen Umstand bildet, dass nach Ablauf der bestimmten Zeit oder Frist die Erfüllung nicht mehr als eine vertragsmässige erscheint, und nach der Intention derselben bei Abschluss des Vertrags nicht mehr als eine „verspätete Erfüllung", sondern geradezu als „Nichterfüllung" aufzufassen ist. Der Umstand, dass das Geschäft „gegen baar" abgeschlossen wurde, lässt auf eine solche Absicht keineswegs schliessen. Ebenso kann der

[1]) V. von Völderndorff § 16 Bem. K S. 214; von Sarwey ib. Bem. 7 S. 76; Hullmann ib. Bem. 5 S. 103.

Umstand, dass die betr. Waare erheblichen Preisschwankungen unterliegt, zwar bei Ermittlung der Absicht der Parteien von Bedeutung sein, ist aber für sich allein nicht entscheidend. [1])

Auch wenn ein Fixgeschäft vorliegt, kann § 16 nur dann Anwendung finden, wenn der für die Erfüllung festgesetzte Termin erst nach der Eröffnung des Konkursverfahrens eintritt, bezw. die hiefür bestimmte Frist erst nach der Konkurseröffnung abläuft. Fällt die Erfüllungszeit dagegen vor die Eröffnung des Verfahrens, so hat der Konkursverwalter nach § 15 die Wahl, ob er die Erfüllung des Vertrags verlangen, oder sich für die Nichterfüllung entscheiden will, und kann im ersteren Falle die Rechte, die ihm nach Art. 344 und 355 H.-G.-B. zustehen ausüben, wenn er den für diesen Fall (in Art. 357 Abs. 1 H.-G.-B.) gegebenen Vorschriften genügt hat. Ausserdem ist die Anwendung des § 16, der im Allgemeinen das Vorhandensein der in § 15 angegebenen thatsächlichen Verhältnisse voraussetzt und nur dessen Anwendung auf „Fixgeschäfte" beseitigt, dann ausgeschlossen, wenn der Vertrag von einer Seite vor Eröffnung des Konkursverfahrens schon vollständig erfüllt war. Sollte ein Fixgeschäft nach der ursprünglichen Absicht der Vertragschliessenden erst nach der Zeit, zu der die Konkurseröffnung erfolgte, erfüllt werden, wurde die Erfüllung aber vor dieser Zeit angeboten und nach erfolgter Annahme ausgeführt, so ist überhaupt kein zweiseitiges Geschäft im Sinne des § 15 mehr vorhanden; die Sache liegt vielmehr ebenso, als ob es sich von vornherein um ein einseitiges Geschäft gehandelt hätte. Es kann also der Konkursverwalter, wenn der Gemeinschuldner die ihm obliegende Verbindlichkeit vollständig erfüllt hat, die Erfüllung der Gegenleistung fordern, während im umgekehrten Falle der andere Theil die Erfüllung aus der Masse nicht verlangen, sondern nur die ihm wegen Nichterfüllung zustehenden Entschädigungsansprüche im Konkursverfahren (als Konkursgläubiger) liquidiren kann. (V. Bem. I. 3 zu § 15 und Bem. zu § 21.) [2])

III.

Feststellung der Forderung wegen Nichterfüllung.

1.

Liegen die in den Nro. I. und II. erörterten Voraussetzungen vor, so hat der Konkursverwalter nach der Schlussbestimmung in Abs. 1 des § nicht die

[1]) V. hiezu: Hahn, Kommentar zum H.-G.-B. Art. 357 § 6 Bd. II. S. 284 ff.; Anschütz-Völderndorff Art. 357 Bem. I. Bd. III. S. 351 ff.; Makover ebendas. Bem. 41 a; Puchelt, Handelsrecht zu Art. 357 H.-G.-B. S. 733 ff.; ferner die Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts: Bd. II. Nr. 21, S. 92 ff., Bd. III. S. 277, 286; Bd. IV. Nr. 33 S. 164; Bd. V. Nr. 38 S. 172 ff.: Bd. VI. S. 20, 227, 378, 398; Bd. VIII. Nr. 18 S. 73 ff. und Nr. 58; Bd. IX. Nr. 112 S. 406 ff.; Bd. X. Nr. 29 S. 148 ff.; Bd. XI. Nr. 132 S. 432; Bd. XVI. Nr. 72 S. 291; Bd. XX. Nr. 64 S. 236.

[2]) So auch Hullmann § 16 Bem. 6 S. 103 ff., von Völderndorff ib. Bem. d. II. S. 206 und von Wilmowski S. 89 ff. A. M. ist von Sarwey § 16 Bem. 5 S. 75. Derselbe berücksichtigt nicht, dass § 16, wie schon aus der Stellung und dem Wortlaut desselben hervorgeht, aber auch in den Motiven (69) ausdrücklich hervorgehoben wurde, nur eine Modifikation der in § 15 enthaltenen Vorschrift für Fixgeschäfte enthält.

dem anderen Theil schon durch § 15 entzogene Wahl, ob er die Erfüllung verlangen und die aus den Art. 354—357 H.-G.-B. abzuleitenden Rechte geltend machen will oder nicht. Auch er kann vielmehr nur eine Forderung wegen Nichterfüllung geltend machen. „Es handelt sich hier nicht um einen Verzug nach eingetretenem Erfüllungstermin; es ist vielmehr naturgemäss, dass der vorher eintretende Konkurs das Lieferungsgeschäft in ein Differenzgeschäft auflöst.“ (M.: 71.) Damit eine solche Forderung mit Erfolg geltend gemacht werden kann, wird natürlich vorausgesetzt, dass die Nichterfüllung der betr. Partei Schaden bringt; es kann desshalb, je nachdem der zu ermittelnde Markt- oder Börsenpreis höher oder niedriger als der im Vertrag festgesetzte Preis ist, von dem einen oder anderen Theil Entschädigung verlangt werden. Uebrigens bleibt die Umwandlung des Lieferungsgeschäfts in ein Differenzgeschäft, die sich mit der Eröffnung des Konkursverfahrens kraft Gesetzes vollzieht, jedenfalls auch dann in Kraft, wenn das Konkursverfahren im Wege des Zwangsvergleichs oder durch Einstellung beendigt wurde, und kann weder der Gemeinschuldner noch der andere Theil nachträglich die Erfüllung verlangen. (V. Bem. I. 4 zu § 15.)[1])

2.

Dass bei Berechnung dieser Entschädigungsforderung „die Differenz zwischen dem Kontraktspreis und dem Markt- oder Börsenpreis zu Grund gelegt werden muss, welcher gleichartige Waaren für den Lieferungstag oder die Lieferungszeit an dem Erfüllungsort oder an dem für diesen massgebenden Handelsplatz gehabt haben“, wurde bei Aufstellung des Entwurfs als selbstverständlich und desshalb eine Begründung der Vorschrift in dieser Richtung als überflüssig angesehen. (M.: 71.) Dagegen bestanden Zweifel bezüglich der Frage, „von welchem Tage jener Markt- oder Börsenpreis zu nehmen ist“ und es wurde erwogen, ob nicht nach dem Vorgang der preuss. K.-O. (§ 17) der am Erfüllungstag geltende Kurs für massgebend zu erklären sei, oder wie von anderer Seite vorgeschlagen wurde, der nach einer Durchschnittsberechnung für die ganze Lieferungsfrist sich ergebende Kurs, oder endlich der Kurs des Tags, an dem die Zahlungseinstellung erfolgte oder bekannt wurde. Dass man sich entschloss, von Vorschriften dieser Art abzusehen, und im Allgemeinen „an dem von der preuss. Konkursnovelle vom 12. März 1869 gewählten Zeitpunkt, dem der Konkurseröffnung, festzuhalten“, wurde in den Motiven (71—74) ausführlich gerechtfertigt und insbesondere bemerkt: „die Eröffnung des Konkursverfahrens ist es, welche gesetzlich die Nichterfüllung des Lieferungsvertrages bewirkt, und derselben die Geldentschädigung substituirt; es entspricht auch der Absicht der Parteien, wenn mit der Konkurseröffnung „„der Lieferungstermin für abgelaufen und der Erfüllungstag für sofort eingetreten““ gilt; und der Zeitpunkt der Konkurseröffnung bietet beiden Theilen, dem Gemeinschuldner wie dem Mit-

[1]) In diesem Sinne hat auch das preuss. Obertribunal am 9. Okt. 1860 (Striethorst Bd. 38 Nr. 63 S. 285 ff.) in einem Falle, in dem ein Zwangsvergleich stattgefunden hatte, erkannt. V. auch Hullmann § 16 Bem. 7 S. 104; Dernburg pr. Privatrecht Bd. II. S. 264.

kontrahenten, gleiche Chancen auch insofern, als Beiden auf den Eintritt desselben — die Eröffnung des Verfahrens — ein gleicher Einfluss zusteht." (M.: 73 und 74.)

3.

Die Vorschrift des Abs. 2, nach welcher für die Berechnung der Differenz nicht der Tag der Konkurseröffnung massgebend ist, sondern der zweite Werktag nach der Konkurseröffnung den „Regulirungstag" bildet, wurde in den Motiven in folgender Weise begründet: „der Hauptzweck des § 16 ist es, den Mitkontrahenten in die Lage zu bringen, an Stelle des mit dem Gemeinschuldner abgeschlossenen Geschäfts zur Deckung seiner Verbindlichkeiten ein neues, gleichartiges Geschäft zu demjenigen Preise abzuschliessen, welcher für jenes Geschäft mit dem Gemeinschuldner berechnet wird. Er muss desshalb in der Lage sein, das neue Geschäft an dem Regulirungstage abzuschliessen. Das vermag er nicht an dem Tage der Konkurseröffnung, welche oft erst nach dem Schlusse der Börse erfolgen und selten vor dem Schlusse dem Kontrahenten bekannt werden kann. Der Entwurf wählt daher den zweiten Werktag nach der Konkurseröffnung als den Regulirungstag." (M.: 74.) Es soll hienach demjenigen, der mit dem Gemeinschuldner ein Fixgeschäft abgeschlossen hat — die betr. Vorschrift kommt übrigens auch dem Konkursverwalter zu gut — Zeit gelassen werden, durch Abschluss eines neuen Geschäfts sich dieselbe Waare, die ihm der Gemeinschuldner zu liefern hatte, zu verschaffen, bezw., falls er seinerseits an den Gemeinschuldner liefern sollte, anderweitig abzusetzen, und es soll die Differenz zwischen den Preisen dieses und des mit dem Gemeinschuldner abgeschlossenen Geschäfts vergütet werden. Da der zweite Werktag nach der Eröffnung des Verfahrens als Regulirungstag angenommen wurde, so kommt ein auf die Konkurseröffnung folgender Sonntag bei der Berechnung nicht in Betracht und ebenso sind diejenigen Tage ausser Acht zu lassen, welche am Erfüllungsorte, bezw. an dem massgebenden Handelsplatze als gesetzliche Feiertage gelten. Es ist aber, da nicht der auf die Konkurseröffnung folgende, sondern erst der zweite Werktag massgebend ist, dem Mitkontrahenten bezw. dem Konkursverwalter nicht bloss der Tag der Konkurseröffnung, sondern auch der nächste Werktag zur Kenntnissnahme und Vorbereitung des Geschäfts eingeräumt und ist nicht etwa, wie aus den Motiven geschlossen werden könnte, der auf die Konkurseröffnung folgende, sondern der nächste Werktag als Regulirungstag anzusehen. [1])

Wenn die Erfüllungszeit bezw. der Ablauf der für die Lieferung bestimmten Frist mit dem Tag der Konkurseröffnung oder dem darauf folgenden Werktag zusammenfällt, so fällt sie in die Zeit nach der Konkurseröffnung, und es berechtigt weder der Wortlaut, noch der Geist des Gesetzes, statt des im Gesetz für die Preisberechnung festgesetzten Tages, dem Kurs des Erfüllungstages zu Grund

[1]) V. von Völderndorff § 16 Bem. h. 2 S. 212 ff. Bezüglich des Art. 41 der Wechsel-Ordnung, der eine ähnliche Vorschrift enthält, wurde anfangs die Auslegung versucht, dass bei der Berechnung der Verfalltag als erster Werktag zu zählen

zu legen, wie es Dernburg (preuss. Privatr. Bd. II. S. 264) vorschlägt. Da es nicht möglich ist, einen den Vorschriften des Abs. 2 entsprechenden Markt- oder Börsenpreis zu ermitteln — am zweiten Werktag mit der Erfüllungszeit der vorhergegangenen Tage abgeschlossene Geschäfte gibt es nicht — so wird in derartigen Fällen Abs. 3 des § zur Anwendung kommen und der Fall nicht unter die Vorschrift des § 16 Abs. 1 und 2, sondern unter die des § 15 fallen. [1])

4.

Die Entschädigungsforderung wegen Nichterfüllung, welche dem einen oder anderen Theil zusteht, ist zwar nach dem Markt- oder Börsenpreis zu berechnen, welcher sich am zweiten Werktag nach der Konkurseröffnung ergibt; es kommen dabei aber nach der Vorschrift des Gesetzes nur solche Geschäfte in Betracht, welche „mit der bedungenen Erfüllungszeit geschlossen sind." „Der massgebende Preis kann selbstverständlich nicht der Preis sein, welcher für Kassa- oder Lokogeschäfte, für die sofortige Lieferung an diesem Tage gezahlt wird, sondern nur der Preis, welcher an diesem Tage für die Lieferung der gleichartigen Waare zu der bedungenen Erfüllungszeit der geltende ist. Sonst würde der Inhalt des Vertrags eine willkürliche Aenderung erleiden. Ein solcher Markt- oder Börsenpreis wird sich unschwer [2]) ermitteln lassen. Auf welche Weise die Ermittlung geschieht, ob mit Hülfe der amtlichen Kursnotirungen oder Kursfeststellungen oder durch die Vernehmung von Sachverständigen, ist im Resultat gleich, wenn nur überhaupt die Ermittelung mit Sicherheit erfolgt." (M.: 74.) Dass, wenn eine solche Ermittlung nicht möglich ist, die Vorschrift des § überhaupt keine Anwendung finden kann, ist in Abs. 3 ausdrücklich gesagt; es kann also in diesem Falle nicht etwa, wie es im preussischen Recht vorgeschrieben war, auf den Kurs am vertragsmässigen Lieferungstag bezw. den Durchschnittskurs der Lieferungsfrist zurückgegangen werden. Auch wurde in den Motiven ausgeführt, dass dann „kein Bedürfniss vorliege, die Spezialbestimmung des § 16 — die unbedingte Nichterfüllung des Lieferungsgeschäftes — eintreten zu lassen." „Es kann in diesem Falle weder davon die Rede sein, dass die Kontrahenten gefährlichen Kursschwankungen ausgesetzt würden, noch davon, dass das fragliche Lieferungsgeschäft ein Glied bilde in einer Reihe anderer, gleichartiger Geschäfte." (M.: 74.)

oder doch der zweite Tag nach dem Verfalltag immer benützt werden müsse, wenn dieser Tag ein Werktag sei. Diese Auslegung wird aber jetzt allgemein verworfen. V. Bluntschli: Wechselordnung Bem. 2 S. 81 ff.; Borchardt ebendas. Zus. 395 S. 251; Erk. des pr. Obertribunals vom 13. Juli 1867, Striethorst Bd. 66 S. 350. Am 21. Februar 1867 hatte das Obertribunal anders entschieden.

[1]) V. von Wilmowski § 16 Bem. 4 S. 90. A. M. von Völderndorff ebendas. Bem. c III. S. 207.

[2]) In den Motiven wird gesagt: „nicht unschwer". Es liegt hier aber wohl ein Druckfehler vor.

§ 17.

Auf Pacht- und Miethverträge über Sachen übt, wenn deren Uebergabe schon erfolgt ist, die Eröffnung des Verfahrens folgende Wirkungen aus:

1. hatte der Gemeinschuldner gepachtet oder gemiethet, so kann sowohl der andere Theil als der Verwalter den Vertrag aufkündigen. Die Frist oder Zeit für die Kündigung ist, falls eine kürzere Frist oder nähere Zeit nicht bedungen war, die gesetzliche oder ortsübliche;
2. hatte der Gemeinschuldner verpachtet oder vermiethet, so wirkt eine freiwillige Veräusserung der Sache durch den Konkursverwalter auf die Zulässigkeit der Kündigung sowie auf die Dauer des Vertrags wie eine Zwangsversteigerung.

§ 18.

Wenn der Gemeinschuldner gepachtet oder gemiethet hatte, und die Uebergabe der Sache zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens noch nicht erfolgt ist, so kann der andere Theil von dem Vertrage abgehen, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre.

Auf Erfordern des Verwalters muss der andere Theil demselben ohne Verzug erklären, ob er von dem Vertrage abgehen will. Unterlässt er dies, so kommen die Bestimmungen des § 15 zur Anwendung.

(E.: §§ 17 und 18. M.: 74 ff. K.: 15, pr. K.-O. § 18.)

I.

Allgemeine Bemerkungen.

1.

Dass auf die Pacht- und Miethverträge die Vorschriften des § 15 keine Anwendung finden, hat, wie in den Motiven (74 ff.) ausführlich entwickelt wurde, darin seinen Grund, dass bei diesen „Gebrauchsverträgen" nicht, wie es bei den übrigen obligatorischen Verträgen in der Regel der Fall ist, „die Erfüllung und das Ende sich durch eine einmalige Leistung ihres Gegenstandes vollzieht", son-

dern „ihr Inhalt auf ein fortdauerndes Verhältniss zu einer Sache gerichtet ist, und ihre Erfüllung in eine einmalige vermittelnde Leistung, die Hingabe der Sache, und in das fortdauernde Gewähren und Haben von Gebrauch und Nutzung der Sache gegen Entgelt zerfällt.“ Es wurde auf die in einzelne Gesetzgebungen übergegangene und auch in der Theorie vertretene Auffassung hingewiesen, „dass nur die eine Seite des Pacht- und Miethvertrages, jene vermittelnde einmalige Leistung, rein obligatorischer Natur sei, dass dagegen, sobald die Sache dem Miether oder Pächter zum Gebrauch und zur Nutzung übergeben worden, das fortdauernde Verhältniss desselben zur Sache zugleich als ein dingliches Verhältnisse erscheine.“ Wenn auch darauf verzichtet wurde, „dem Pächter und Miether für das Recht zum vertragsmässigen Gebrauch der Sache die Stellung eines absonderungsberechtigten Gläubigers einzuräumen“, glaubte man desshalb, die Frage, ob der Vertrag fortdauern oder durch die Konkurseröffnung aufgehoben werden solle, in anderer Weise, als es in § 15 geschehen ist, regeln zu müssen. „Das Wahlrecht des Verwalters, zu verlangen: entweder, dass der Vertrag vollständig erfüllt werde, oder die weitere Erfüllung unterbleibe, würde hier die Alternative enthalten, dass je nach der Erklärung des Verwalters der Pacht- oder Miethvertrag entweder bis zu seinem vertragsmässigen Ende ausgehalten werden, oder sofort mit dem Eintritt des Konkursverfahrens ein Ende nehmen müsste. Beiden Folgen stehen aber nicht bloss juristische, sondern auch erhebliche praktische Bedenken entgegen. Die Erfüllung der Pacht- und Miethverhältnisse des Gemeinschuldners darf daher weder gesetzlich kraft der Konkurseröffnung unterbrochen, noch der einseitigen Wahl des Konkursverwalters unterworfen werden. Das Gesetz muss bestimmen, dass die Eröffnung des Konkursverfahrens den kontraktlichen Fortgang einer angetretenen Pacht unmittelbar nicht hemmt. Nur mittelbar kann und soll der Eintritt des Verfahrens eine Einwirkung auf das Verhältniss üben; das Pacht- und Miethverhältniss soll noch vor der kontraktlich bedungenen Zeit seine Endschaft erreichen können — und es soll nicht zum Nachtheil aller übrigen Gläubiger die Verwerthung der Sache verhindern dürfen.“ (M.: 76.) Diesen Ausführungen gemäss wurden in den §§ 17 und 18 besondere Regeln für die Erfüllung bezw. Fortdauer der Pacht- und Miethverträge aufgestellt. Hiebei wurde aber nach dem Vorgang der pr. K.-O. (§ 18) und der bayer. Pr.-O. (§ 1220) die Unterscheidung gemacht, „ob beim Eintritt des Konkursverfahrens die Sache zum Pacht- oder Miethbesitz schon übergeben war oder nicht.“ Der erste Fall wird durch § 17, der zweite durch den folgenden § geregelt.

2.

Sowohl § 17 als § 18 bezieht sich nur auf Pacht- und Miethverträge über Sachen nicht auf die Dienstmiethe, auf welche sonach, soweit nicht die Vorschriften des § 19 zutreffen, die Bestimmungen des § 15 zur Anwendung kommen. Dagegen finden die Vorschriften der beiden §§ „gleichmässig Anwendung auf Pacht- und Miethverträge über unbewegliche, wie über bewegliche körperliche Gegenstände; dieser Unterschied in dem Gegenstand bewirkt auch nach bürgerlichem Rechte keine Verschiedenheit in dem Bestande des Vertrags.“

(M.: 81.) Auch soweit bestimmte Rechte den Gegenstand des Miethvertrags bilden, finden die Bestimmungen der §§ Anwendung, da auch diese zu den Sachen im weiteren Sinne des Wortes gehören und jedenfalls nur die Dienstmiethe ausgeschlossen sein soll. [1])

Ob der Vertrag als Pacht- oder als Miethvertrag aufzufassen ist, bewirkt nach keiner Richtung einen Unterschied. Auch die Wohnungsmiethe des Gemeinschuldners wird durch die Vorschriften der §§ betroffen und ist daher durch die Masse auszuhalten, bis sie vertragsmässig oder zufolge einer Kündigung beendigt ist.[2])

II.

Fälle, in denen die Uebergabe der Sachen schon erfolgt ist.

(§ 17.)

1.

Die Frage, ob die Sachen, welche den Gegenstand des Pacht- oder Miethvertrags bilden, bei Eröffnung des Konkursverfahrens bereits übergeben waren, wird in der Regel keine Schwierigkeit verursachen. Auch wenn noch nicht alle Sachen übergeben worden sind, wird § 17 zur Anwendung kommen müssen, da immerhin der Vertrag, wenn auch nur theilweise, vollzogen worden ist, also der Grund des Gesetzes zutrifft. Dagegen wird § 18 anzuwenden sein, wenn die Uebergabe zwar durch einzelne Handlungen vorbereitet, aber noch nicht vollendet worden, der Vertrag also noch nicht einmal theilweise in Vollzug gesetzt worden ist. Dass es nur auf die Uebergabe der verpachteten oder vermietheten Sachen, nicht auf die Zahlung des Pacht- oder Miethzinses ankommt, ist nach Wortlaut und Geist des Gesetzes klar. Sollte desshalb der Pacht- oder Miethzins vorausbezahlt worden, die verpachtete oder vermiethete Sache aber zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht übergeben worden sein, so hat nicht § 17, sondern § 18 bezw. § 15 Anwendung zu finden, und es ist, wenn der Konkursverwalter sich für Nichterfüllung entscheidet, die Partei, welche den Miethzins an den Gemeinschuldner bezahlt hat, nur berechtigt, derselben (nach § 21) zurückzufordern und die ihr etwa zustehende Entschädigungsforderung im Konkursverfahren zu liquidiren. [3])

2.

Hatte der Gemeinschuldner gepachtet oder gemiethet, so wird, wenn die Voraussetzungen des § 17 vorliegen, der Vertrag durch die Konkurseröffnung nicht aufgehoben, und es hat auch der Konkursverwalter nicht (wie in den

[1]) V. von Völderndorff § 17 Bem. a S. 215.

[2]) V. Hullmann § 17 Bem. 5 S. 106 und 107. In den Motiven zu § 18 der pr. K.-O. wurde auf die Wohnungsmiethe des Gemeinschuldners ausdrücklich Bezug genommen. V. Goltdammer § 18 Bem. 1 S. 106; Wentzel und Klose ib. S. 107.

[3]) V. bez. dieser Fragen: von Völderndorff § 17 Bem. b. S. 215 und 216; von Sarwey ib. Bem. 2 S. 79.

Fällen der §§ 15 und 18) das Recht, ohne Weiteres vom Vertrage abzugehen.[1]) Dagegen ist sowohl der Verwalter als der andere Theil befugt, den Vertrag zu kündigen und ist keiner von beiden an die vertragsmässige Kündigungsfrist gebunden, wenn dieselbe von längerer Dauer ist, als die gesetzliche oder ortsübliche Frist. Dass solche Fristen fast überall bestehen, wurde bei Aufstellung des Entwurfs angenommen, und es wurde absichtlich unterlassen, für die Fälle, in denen diese Voraussetzung nicht zutrifft, eine besondere Kündigungsfrist festzusetzen, vielmehr die Regelung für solche Fälle der Landesgesetzgebung überlassen. (M.: 79.) Die Aufnahme einer Bestimmung, nach welcher (wie im sächs. Entwurf § 24) die Aufkündigung eines Pachtverhältnisses erst zu Ablauf des auf die Konkurseröffnung folgenden Wirthschaftsjahres gestattet sein sollte, wurde als ungerechtfertigt abgelehnt. (M.: 80.) Auch wurde es für überflüssig gehalten, besonders vorzuschreiben, dass die Kündigung einer Pacht nur zu Ablauf eines Wirthschaftsjahres geschehen dürfe, weil nirgends eine Aufhebung mitten im Wirthschaftsjahr gestattet sein würde (M.: 79); es hat daher auch in dieser Beziehung bei dem geltenden Recht bezw. Ortsgebrauch sein Bewenden. Als selbstverständlich wurde es endlich angesehen, dass in der Unterlassung der Kündigung während des ersten Wirthschaftsjahres ein Verzicht auf das weitere Kündigungsrecht nicht zu finden sei, dieses vielmehr, wenn im ersten Jahr kein Gebrauch davon gemacht worden sei, auch noch in den folgenden Jahren ausgeübt werden dürfe, und desshalb eine besondere Vorschrift, wie sie sich in der bayer. Pr.-O. (§ 1220) findet, für überflüssig gehalten. (M.: 79 und 80.)[2])

Dass, solange der Pacht- oder Miethvertrag fortbesteht, die Erträgnisse aus den vom Gemeinschuldner gepachteten oder gemietheten Sachen und ebenso die an denselben zu zahlenden Pacht- oder Miethzinsen in die Masse fliessen, ist selbstverständlich. Es kann aber umgekehrt auch kein Zweifel darüber bestehen, dass der an den anderen Theil zu zahlende Miethzins, soweit es sich um die Zeit nach der Konkurseröffnung handelt, als „Masseschuld“ (§§ 50 ff.) anzusehen ist. Es würde sich dies schon aus dem Geist des Gesetzes (vergl. Bem. I. 4 zu § 15) ergeben. Der Wortlaut des § 52 Z. 2 trifft aber ebenfalls zu, denn es handelt sich um „zweiseitige Verträge, deren Erfüllung für die Zeit nach Eröffnung des Verfahrens erfolgen muss.“ Dass der Gemeinschuldner kein Recht darauf hat, die gepachteten Grundstücke nach Eröffnung des Verfahrens noch weiter zu geniessen, oder in der gemietheten Wohnung zu verbleiben, ist schon nach § 5 unzweifelhaft. Wie lange derselbe in der Wohnung belassen werden muss, ist hienach lediglich nach § (118) zu bestimmen.[3])

Die Partei, die mit dem Gemeinschuldner einen Pacht- oder Miethvertrag auf längere Dauer abgeschlossen hat, ist, wenn das Pacht- oder Miethsverhältniss

[1]) Dies gilt auch für fiskalische Pachtungen des Gemeinschuldners. Es ist sonach die gemeinrechtliche Vorschrift, nach welcher derartige Pachtverträge sofort erlöschen, wie in den Motiven (78) hervorgehoben wurde, ausser Kraft gesetzt.

[2]) A. M. von Wilmowski § 17 Bem. 5 S. 93.

[3]) V. von Völderndorff § 17 Bem. c S. 217 ff.

Bayerische Staatsbibliothek MÜNCHEN

zufolge einer Kündigung durch den Verwalter vor Ablauf der bedungenen Zeit beendigt wird, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen berechtigt, Ersatz des dadurch entstandenen Schadens zu verlangen. Dies wurde auch in den Motiven anerkannt, wo (S. 78) bemerkt wurde: „Der Verpächter oder Vermiether wird hinreichend dadurch geschützt, dass der Verwalter zu einer gehörigen Kündigung verpflichtet ist. Im Uebrigen bleiben ihm seine kontraktlichen Ansprüche auf Entschädigung vorbehalten.“ Da der Verwalter innerhalb der ihm zustehenden gesetzlichen Befugnisse gehandelt hat, kann aber die Entschädigung nicht etwa (nach § 52 Z. 1) als Masseschuld geltend gemacht, sondern lediglich im Konkursverfahren liquidirt werden. Wird von dem andern Theil vor Ablauf der bedungenen Zeit gekündigt, so kann der Verwalter natürlich keine Entschädigung verlangen, da diese Kündigung mit Rücksicht auf das Konkursverfahren gerechtfertigt und für dieses lediglich der Gemeinschuldner verantwortlich ist. [1])

3.

Hatte der Gemeinschuldner verpachtet oder vermiethet, so soll, „weil es nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen auf den Fortbestand des Vertragsverhältnisses keinen Einfluss übt, wenn in der Person des Verpächters oder Vermiethers, durch dessen Tod, durch Besitzwechsel oder durch andere Umstände, Veränderungen sich ereignen“, die Konkurseröffnung auf den Fortbestand des Pacht- oder Miethverhältnisses keinen Einfluss haben. „Die K.-O. gewährt keinem Theil ein Kündigungsrecht. Das Pacht- oder Miethverhältniss bleibt unverändert bestehen.“ (M.: 81). Nur in einer Beziehung wurde eine Ausnahme für nothwendig gehalten. „Die Verpachtung oder Vermiethung einer Sache darf die durch den Zweck des Konkursverfahrens und den Vortheil aller übrigen Gläubiger gebotene Veräusserung der Sache nicht hemmen.“ (M.: 81.) Für die Länder, in denen der Satz: „Kauf bricht Miethe“ gilt, wäre eine besondere Vorschrift dieser Art nicht nothwendig gewesen. Wohl aber war eine solche mit Rücksicht darauf geboten, dass dieser Satz nicht überall und namentlich nach französischem Rechte (Art. 1743 C. c.) nicht gilt. Aber auch für diese Gebiete wollte man in das materielle Recht nicht eingreifen, sondern hielt es für genügend, der freiwilligen Veräusserung durch den Konkursverwalter dieselbe Wirkung beizulegen, welche sonst das bürgerliche Recht einer Zwangsveräusserung beilegt. Nur wenn diese eine Beendigung des Pacht- oder Miethverhältnisses herbeiführt, oder eine frühere als die vertragsmässige Kündigung ermöglicht, hat also die Veräusserung durch den Konkursverwalter die gleiche Wirkung.

Wird durch die vom Konkursverwalter vorgenommene Veräusserung eine Aufhebung des Pacht- oder Miethverhältnisses vor Ablauf der bedungenen Zeit herbeigeführt, so kann der Pächter bezw. Miether die ihm daraus erwachsende Entschädigungsforderung im Konkursverfahren geltend machen. (Vergl. Bem. II. 2 am Schluss.)

[1]) V. von Sarwey § 17 Bem. 3 S. 80.

III.

Fälle, in denen die Uebergabe der Sache noch nicht erfolgt ist.

(§ 18.)

1.

Wenn der Gemeinschuldner verpachtet oder vermiethet hat, und die Uebergabe der Sache noch nicht erfolgt ist, das Pacht- oder Miethverhältniss also von Seite des Pächters oder Miethers weder ganz noch theilweise in Vollzug gesetzt wurde (Bem. II. 1), so hat es, da das Gesetz für diesen Fall keine besondere Vorschrift enthält, bei der allgemeinen Bestimmung des § 15 für zweiseitige Verträge sein Bewenden. Es steht hienach, wie auch in den Motiven (82) ausdrücklich hervorgehoben wurde, im Belieben des Konkursverwalters, ob er den Vertrag erfüllen und die Erfüllung von dem anderen Theile verlangen, oder sich für die Nichterfüllung entscheiden will. Ebenso ist derselbe aber verpflichtet, auf Erfordern des andern Theils ohne Verzug die in § 15 Abs. 2 vorgeschriebene Erklärung abzugeben, widrigenfalls er auf der Erfüllung nicht bestehen kann.

Entscheidet sich der Verwalter für die Nichterfüllung, so kommen die Vorschriften des § 21 zur Anwendung, und es kann der andere Theil die ihm zustehenden Entschädigungsansprüche als Konkursgläubiger geltend machen. Verlangt der Verwalter dagegen die Erfüllung, so ist für diese lediglich § 15, nicht § 17 Z. 2 massgebend. „Es müssen beide Theile den Vertrag vollständig und bis zu dessen kontraktlichen Ende erfüllen; es liegt dann keine Veranlassung vor, einem freiwilligen Verkauf der Sache im Konkursverfahren die Kraft einer Zwangsversteigerung einzuräumen; übt diese nach bürgerlichem Rechte eine andere Wirkung auf den Bestand der Miethe, so muss der Verwalter auf diese Form der Verwerthung verwiesen werden. Insoweit erscheint eine Bestimmung überflüssig; die Regel des § 15 ist nicht ausser Kraft gesetzt.“ (M.: 82.)

2.

Hat der Gemeinschuldner gepachtet oder gemiethet, so steht dem Konkursverwalter, wenn die Sache noch nicht übergeben wurde, ebenso wie im vorigen Fall das ihm durch § 15 verliehene Wahlrecht zu. Da aber die Person des Pächters bezw. Miethers in ganz anderer Weise von Bedeutung ist, als die des Verpächters oder Vermiethers, so hat der Gesetzgeber diesem letzteren aus denselben Gründen, die dazu führten, ihm in § 17 Z. 1 ein besonderes Kündigungsrecht zu gewähren, ein Rücktrittsrecht eingeräumt, das er, ohne irgendwelche Entschädigungsansprüche zu befürchten, ausüben kann. (M.: 82.) Erst wenn von diesem Recht kein Gebrauch gemacht worden, oder dasselbe durch Unterlassung der „ohne Verzug“ zu gebenden Erklärung verloren worden ist, kommt sonach das Wahlrecht des Verwalters in Frage. „Erklärt der Kontrahent auf Erfordern des Verwalters ohne Verzug, dass er vom Vertrag abgehen wolle, so muss derselbe als nicht geschlossen gelten, so dass der Kontrahent ebensowenig wie der Verwalter Entschädigung wegen Nichterfüllung des Vertrags zu fordern berechtigt ist. (Vergl. H.-G.-B. Art. 354, 355.) Nur wenn der Kon-

trahent eine rechtzeitige Rücktrittserklärung nicht abgibt, soll es bei dem Wahlrecht des Verwalters nach Massgabe des § 15 bewenden; dann aber fällt, sofern dieser die Erfüllung des Kontrakts verlangt, auf beiden Seiten der Grund zu einem vorzeitigen Aufkündigungsrechte (§ 17 Nr. 1) fort." (M.: 82.)

Dass der Verpächter bezw. Vermiether, der von dem ihm zustehenden Rücktrittsrechte keinen Gebrauch macht, also zur Erfüllung bereit ist, falls sich dann der Konkursverwalter für die Nichterfüllung entscheidet, seine Entschädigungsansprüche im Konkursverfahren geltend machen kann, ergibt sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, wie aus den §§ 15 und 21.

§ 19.

Ein in dem Haushalte, Wirthschaftsbetriebe oder Erwerbsgeschäfte des Gemeinschuldners angetretenes Dienstverhältniss kann von jedem Theile aufgekündigt werden. Die Frist und Zeit für die Kündigung ist, falls eine kürzere Frist oder nähere Zeit nicht bedungen war, die gesetzliche oder ortsübliche und in Ermangelung einer solchen von dem Konkursgerichte auf Antrag des Kündigenden festzusetzen.

(E.: § 19. M.: 82 ff. K.: 17. ff., 149 u. 156.)

1.

Während die §§ 17 und 18 sich mit der Sachenmiethe beschäftigen, handelt § 19 von der Dienstmiethe. Es werden in demselben aber nur für die eigentlichen **Dienstverträge** besondere Vorschriften getroffen, während es für die anderen Fälle der Dienstmiethe, da sie weder durch die §§ 17 und 18 noch durch § 19 betroffen werden, bei den im § 15 aufgestellten Regeln sein Bewenden hat.

In den Motiven (83) wurde in dieser Beziehung gesagt: „Die Bestimmung erstreckt sich nicht auf die sogen. locatio conductio operis, durch die ein herzustellendes Produkt der Arbeitskraft verdungen und ausbedungen wird, sondern nur auf die locatio conductio operarum, deren Gegenstand die Arbeitskraft selbst und ihre Benützung zu einzelnen Diensten bildet; sie umfasst auch nicht die Verträge zur Verrichtung einer einzelnen oder mehrerer in keinem gewollten Zusammenhang unter einander stehender Dienstleistungen. Die durch die Vorschrift des § 19 betroffenen Dienstverträge setzen ein die Erwerbsthätigkeit des Vergütungsberechtigten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nehmendes Dienstverhältniss voraus zur fortgesetzten Verrichtung gleichartiger Dienste, ohne Unterschied freilich, ob das Dienstverhältniss im Sinne des § 4 Nr. 4 des Bundesgesetzes betr. die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohnes vom 21. Juni 1869 (B.-G.-Bl. S. 242) als dauernd gilt oder nicht, und ohne Unterschied, ob die Dienste lediglich in körperlicher Kraftanwendung bestehen, oder in Leistungen, die eine besondere Sachkenntniss, Kunstfertigkeit oder wissen-

schaftliche Bildung erfordern.“ Der Unterschied zwischen „operae locari solitae“ und „operae liberales“, bezüglich dessen in den Motiven (a. a. O.) bemerkt wird, dass er heutzutage nicht mehr anwendbar sei, kommt also für § 19 nicht in Betracht. Als Beispiele von Fällen, die unter die Vorschrift des § fallen, werden in den Motiven (83) angegeben: „Die Dienstverträge des Gemeinschuldners mit Hausdienern und Handlungsdienern, Packern, Markthelfern, mit seinen Handlungsgehülfen oder Gewerbegehülfen, Gesellen, Fabrikarbeitern, Werkmeistern oder mit Technikern oder anderen Privatbeamten.“

2.

Auch sofern ein eigentlicher Dienstvertrag in dem soeben angegebenen Sinne vorliegt, ist die Anwendung der §§ 15 und 19 insofern zweifelhaft, als es sich um Verbindlichkeiten handelt, die mit der Person des Gemeinschuldners in einem untrennbaren Zusammenhange stehen. In dem Entwurf zur K.-O. war in § 19 von einem „bei dem Gemeinschuldner angetretenen Dienstverhältniss“ die Rede. Es wurde aber in den Motiven (83) bemerkt: „dass diejenigen Dienstverhältnisse ausgeschlossen sind, in denen der Gemeinschuldner der Dienstleistende ist, und diejenigen, nach welchen er zwar die Dienste zu fordern hat, die Dienste aber nur an ihn, und nicht an den Konkursverwalter und zur Konkursmasse geleistet werden können.“ Auch wurde dieser Standpunkt in der Reichstagskommission von Regierungsrath Hagens unter Berufung auf § 1 festgehalten und ausführlich vertheidigt. Der in den Motiven enthaltene Gedanke wurde von dem Abgeordneten von Vahl dahin formulirt, dass das Dienstverhältniss mit der Konkurseröffnung aufgehoben wurde, „soweit dasselbe nur zu persönlichen Dienstleistungen bei dem Gemeinschuldner oder dessen Angehörigen verpflichtet.“

Die in den Motiven gemachte und von dem Regierungskommissar festgehaltene Unterscheidung fand jedoch in der Kommission keinen Anklang. Vielmehr wurde ein von Websky beantragter Zusatz angenommen, in dem gesagt war: „Die vorstehende Bestimmung findet Anwendung, gleichviel ob die Dienstleistung an die Person des Gemeinschuldners geknüpft ist oder nicht.“ Zur Begründung seines Antrags hatte Websky bemerkt: „er wolle das Gegentheil von dem zum Ausdruck bringen, was der Antrag des Vorsitzenden (von Vahl) bezwecke“ und dann noch beigefügt: „Der „„Angehörigen““ habe er nicht besonders gedacht, weil er annehme, dass durch den Antrag der Fall, wo es sich um Leistungen an einen Angehörigen handle, ohnehin mitgetroffen werde.“ (K.: 17 und 18.) Durch die Redaktionskommission wurde sodann dem § einschliesslich des von Websky beantragten Zusatzes, die gegenwärtige Fassung gegeben, durch die sonach im Gegensatz zu der in den Motiven enthaltenen Aschauung der Gedanke ausgedrückt wird, dass es, wenn ein Dienstverhältniss der im § bezeichneten Art vorliege, nicht darauf ankomme, ob die Dienstleistungen dem Gemeinschuldner persönlich oder auch der Masse zu gut kommen. Dass dies der Sinn der Gesetzes ist, ergibt sich schon aus dem Wortlaut des §, denn ein im Haushalt des Gemeinschuldners angetretenes Dienstverhältniss kann der Natur der Sache nach nicht dem Verwalter gegenüber erfüllt oder fortgesetzt werden.

Es ist dies aber auch aus der Entstehungsgeschichte klar, da die Aenderung der auf Antrag von Websky beschlossenen Fassung durch die Redaktionskommission vorgenommen und ohne weitere Debatte vor der Reichstagskommission genehmigt wurde, eine Abänderung des Inhalts jenes Beschlusses hienach nicht beabsichtigt war. [1])

Der nach § 15 zu beurtheilende Fall, dass der Gemeinschuldner in einem Dienstverhältniss steht, wird durch § 19 nicht berührt.

3.

Damit § 19 Anwendung finden kann, kommt es hienach nicht darauf an, ob „die fortgesetzte Verrichtung gleichartiger Dienste“, wie es nach den Motiven der Fall sein sollte, sich auf den Wirthschaftsbetrieb oder das Erwerbsgeschäft des Gemeinschuldners bezieht, also auch von dem Konkursverwalter, der die Vermögensverwaltung übernimmt, in Anspruch genommen werden kann, oder ob die Dienste lediglich dem Haushalt des Gemeinschuldners und seiner Familie zu gut kommen. Ausser den in den Motiven (Bem. 1) beispielsweise aufgezählten Personen sind desshalb auch die eigentlichen Dienstboten und alle diejenigen, welche ein dauerndes Dienstverhältniss anderer Art (z. B. als Hauslehrer, Erzieherin u. s. w.) bei dem Gemeinschuldner angetreten haben, berechtigt, die Vorschrift des § für sich geltend zu machen. Dass die betr. Personen zur Hausgenossenschaft gehören, ist nicht nöthig. Ebenso ist es einerlei, ob die betr. Dienste für den Gemeinschuldner oder für dessen Angehörige bestimmt waren, wenn nur die Verpflichtung dem Gemeinschuldner gegenüber eingegangen wurde, und die Bezahlung des Lohns von ihm verlangt werden kann. Auch die Kammerjungfer der Frau oder Tochter, sowie die Erzieherin der Kinder kann also auf die im § vorgeschriebene Kündigung Anspruch machen, während der Arzt oder Lehrer, der sich vertragsmässig verpflichtet hat, gegen ein bestimmtes Honorar seine Dienste zu leisten, bezw. im Haus unter Aufwendung einer bestimmten Zahl von Stunden Unterricht zu ertheilen, da hier nicht von einem „Dienstverhältniss“ gesprochen werden kann, einen solchen Anspruch der Masse gegenüber nicht hat.

Dass § 19 nur dann Anwendung findet, wenn das in Frage stehende Dienstverhältniss zur Zeit der Konkurseröffnung bereits angetreten worden ist, ergibt sich mit Bestimmtheit aus dem Wortlaut des Gesetzes. In der Reichs-

[1]) V. auch Hullmann § 19 Bem. 3 S. 109 ff., von Völderndorff ib. Bem. a. S. 230 ff. und von Wilmowski § 19 Bem. 2 S. 96 ff. Von Sarwey nimmt (§ 19 Bem. 1 S. 84 und § 54 Bem. 5 S. 407 ff.) an, der Antrag von Websky sei abgelehnt oder wenigstens noch in erster Lesung wieder beseitigt worden, und folgert daraus, die Reichstagskommission habe sich mit der in den Motiven dargelegten Auffassung einverstanden erklärt. Auch Fuchs (K. Pr. § 20 Anm. 54 S. 109) nimmt von der Annahme des Websky'schen Antrags keine Notiz und bemerkt, es werde vorausgesetzt, „dass weder der Kridar der Dienstvermiether sei, noch lediglich persönlich an ihn geleistet werden könne.“ Nach den Kommissionsverhandlungen muss aber angenommen werden, dass die heutige Fassung des Gesetzes dasselbe ausdrücken soll, was durch den Antrag Websky beabsichtigt war.

tagskommission beantragte von Sarwey, das Wort „angetreten“ durch das Wort „bestehendes“ oder „eingegangenes“ zu ersetzen, zog aber diesen Antrag, der von den Regierungskommissaren als mit den Prinzipien des Entwurfs unvereinbar bekämpft wurde, weil er keine Unterstützung fand, wieder zurück. (K.: 149.)

4.

Liegt ein Dienstverhältniss der im § vorgesehenen Art vor, so kann sowohl die im Dienst des Gemeinschuldners stehende Person als der Verwalter unter Einhaltung der im Vertrag bedungenen Frist kündigen; wenn diese länger ist als die gesetzliche oder ortsübliche Frist, sind hier wie im Fall des § 17 Z. 1 die Fristen der letzteren Art massgebend. Da gesetzliche und ortsübliche Fristen hier häufiger als bei der Sachenmiethe fehlen und es bei der Mannigfaltigkeit der einzelnen Dienstverträge nicht möglich war, für solche Fälle die Kündigungsfristen in allgemeiner Weise zu regeln, wurde die Festsetzung derselben dem Konkursgerichte übertragen. Dass der Lohn oder Gehalt der im Dienst des Gemeinschuldners stehenden Personen bis zur Beendigung des Dienstverhältnisses, also in der Regel bis zum Ablauf der Kündigungsfrist, aus der Masse bezahlt werden muss, ergibt sich aus der Vorschrift des §, nach welcher das Dienstverhältniss durch die Konkurseröffnung nicht aufgehoben wird, von selbst. Während die Forderung für die bis zur Eröffnung des Verfahrens geleisteten Dienste als einfache Konkursforderung erscheint, die allerdings (nach § 54 Z. 1) in erster Linie befriedigt werden muss, ist dieselbe von da an (nach § 52 Z. 2) als Masseschuld anzusehen; es gilt dies auch für die Forderungen derjenigen Personen, die lediglich im Haushalt des Gemeinschuldners verwendet werden, deren Dienste also der Konkursmasse gar nicht zu gut kommen. Diese Folgerung ergibt sich nothwendig aus der Annahme des Websky'schen Antrags, durch den die betr. Personen gegen die Gefahr geschützt werden sollten, nach der Konkurseröffnung augenblicklich entlassen oder lediglich auf den Gemeinschuldner verwiesen zu werden. Aus diesem Verhältniss können aber nur die im Dienst des Gemeinschuldners stehenden Personen Ansprüche ableiten. Es kann also der letztere, wenn der Konkursverwalter sich mit den betr. Personen über eine frühere Aufhebung des Dienstverhältnisses oder über deren Verwendung im Erwerbsgeschäfte u. s. w. einigt, hingegen nicht Einspruch erheben und verlangen, dass dieselben in seinem Haushalte Dienste leisten. [1])

Wird das Dienstverhältniss vor Ablauf der bedungenen Zeit aufgehoben, so können die dessfallsigen Entschädigungsansprüche auch hier im Konkursverfahren (als Konkursforderungen) geltend gemacht werden.

§ 20.

Soweit rücksichtlich einzelner, durch die §§ 16—19 nicht betroffener Rechtsverhältnisse die Reichsgesetze oder

[1]) V. Hullmann § 19 Bem. 3 S. 111.

die Landesgesetze besondere Bestimmungen über die Wirkung der Eröffnung des Konkursverfahrens enthalten, kommen diese zur Anwendung.

(E.: § 20. M.: 84 ff. K.: 19. 153 ff., 202, pr. K.-O. § 20).

I.

Entstehungsgeschichte des §.

1.

Zur Rechtfertigung und Erläuterung des § 20 des Entwurfs, der durch die Reichstagskommission nach längerer, eingehender Diskussion eine andere Fassung erhielt, [1] wurde in den Motiven zunächst bemerkt: „Die Vorschriften, welche die §§ 16—19 des Entw. für die dort bezeichneten Arten zweiseitiger Verträge treffen, derogiren den ihnen zuwiderlaufenden Bestimmungen des bürgerlichen Rechts. Es gibt aber einzelne andere Arten zweiseitiger Verträge, für welche das bürgerliche Recht den Fall der Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen eines der Kontrahenten durch besondere Vorschriften vorgesehen hat. Es fragt sich, ob diese letzteren, insoweit sie der Regel des § 15 nicht entsprechen, aufrecht zu erhalten oder der Regel des § 15 zu unterwerfen sind? Man wird anzuerkennen haben, dass, wenn die Gesetze für eine besondere Art von Verträgen den Fall einer Konkurseröffnung durch besondere Vorschriften berücksichtigen, dies in der Eigenthümlichkeit dieser Verträge seinen Grund haben wird. Ein Eingriff in diese Vorschriften würde sich daher nur rechtfertigen, wenn dieselben mit dem Wesen des Konkurses unvereinbar sein würden.“ (M.: 84.) Als Beispiele solcher Verträge, bezw. aufrechtzuhaltender besonderer Vorschriften, wurden sodann angeführt: a. die Gesellschaftsverträge mit den Bestimmungen der l. 65 § 1 D. pro socio 17. 2., des sächsischen b. G.-B. (1385), des Code civil (Art. 1865 Nr. 4) und des deutschen Handelsgesetzbuchs (Art. 123 Nr. 3, 170 Abs. 2, 200, 261 Nr. 3); b. die Seeversicherung mit Art. 903 H.-G.-B.; c. das Rechtsverhältniss zwischen dem Lehrherrn und Lehrling mit § 123 der Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 (B. G.-Bl. S. 245 ff.); d. die Werkverdingung mit § 975 I. 11 des allgem. preuss. Landrechts — die §§ 977 und 978 ib. sollen nicht hierher gehören; d. der Trödelvertrag mit §§ 520 und und 521 I. 11 des allg. pr. Landrechts. (M.: 84 und 85.)

2.

In der Reichstagskommission wurde zunächst von Frankenburger bei der ersten Lesung die Aufnahme des § als „überflüssig und nicht wünschenswerth“ bezeichnet, wogegen Goldschmidt, dem sich Regierungsrath Hagens und der Abg.

[1]) § 20 lautete im Entw. „Durch die Vorschrift des § 15 werden die besonderen Bestimmungen nicht berührt, welche die Reichsgesetze oder die Landesgesetze über die Wirkung der Eröffnung des Konkursverfahrens auf einzelne, durch die §§ 16—19 nicht betroffene, Rechtsverhältnisse enthalten.“

von Vahl anschlossen, bemerkte: „§ 20 enthalte einen richtigen Gedanken. § 15 enthalte die allgemeine Regel für zweiseitige Verträge; die §§ 16—19 träfen für gewisse zweiseitige Verträge spezielle Bestimmungen. Nun existirten aber in den Reichs- und Landesgesetzen eine Reihe von Vorschriften, welche nicht als der Ausfluss eines allgemeinen konkursrechtlichen Prinzips, sondern als singuläre Feststellungen anzusehen seien. In jedem einzelnen dieser Fälle müsse also geprüft werden, ob der betr. Satz auf einer besonderen Voraussetzung beruhe. Sei dies der Fall, so bleibe der Satz trotz der Regel des § 15 bestehen". (K.: 19.) Bei der zweiten Lesung wurde dann vom Abg. von Sarwey, der schon in seiner Schrift: „der Konkurs nach den dem Reichstag vorgelegten Entwürfen (S. 58 ff.) die Vorschriften des Entwurfs kritisirt hatte, der Antrag gestellt:

1. die Worte „oder die Landesgesetze" zu streichen;

2. in der letzten Zeile statt: „Rechtsverhältnisse" zu setzen „zweiseitige Verträge";

3. dem § hinzuzusetzen: Soweit in den §§ 15—19 über die Erfüllung von Rechtsgeschäften keine ausdrücklichen Vorschriften gegeben sind, verbleibt es bei den Bestimmungen der Landesgesetze über die Wirkung der Eröffnung des Konkursverfahrens auf einzelne Rechtsverhältnisse". Dieser Antrag, der eine längere Debatte veranlasste, sollte zunächst klarstellen, dass § 20 sich ebenso wie § 15 nur auf zweiseitige Verträge beziehe. Ausserdem sollte festgestellt werden, dass eben so wie durch §§ 16—19, so auch durch § 15 alle landesgesetzlichen Vorschriften, die nicht mit demselben übereinstimmten, ausser Kraft gesetzt würden. Der Antrag wurde aber schliesslich abgelehnt, nachdem sich insbesondere der Abg. Goldschmidt und Regierungskommissar Hagens gegen denselben erklärt hatten. Darüber dass sich § 20 bloss auf zweiseitige Verträge beziehe, war man einig, nicht aber bezüglich der Frage, ob die mit § 15 in Widerspruch stehenden landesrechtlichen Vorschriften aufrecht erhalten werden sollten. Regierungsrath Hagens bemerkte hiezu: „Der § 20 beziehe sich nur auf § 15; er wahre die Ausnahmen, welche die Reichs- und Landesgesetze in besonderen Bestimmungen von der Regel des § 15 machen. Als besondere Bestimmungen hätten zu gelten nur solche reichs- und landesgesetzliche Vorschriften, welche:

a. nicht als Bestandtheile des bürgerlichen Rechts die Wirkung der Nichterfüllung im Allgemeinen regeln, sondern lediglich den Fall des Konkurses treffen (Sondervorschriften für den Konkurs), und

b. die Wirkung der Konkurseröffnung auf bestimmte einzelne Rechtsverhältnisse nicht in Anwendung einer allgemeinen Regel über die Wirkung der Konkurseröffnung, sondern in Anbetracht der besonderen Natur des speciellen Rechtsverhältnisses eben für dieses regeln. (Sondervorschriften für bestimmte Rechtsverhältnisse)." In demselben Sinne sprach sich Goldschmidt aus.

Im Lauf der Debatte empfahl sodann von Sarwey seinen Antrag noch von einem anderen Gesichtspunkte aus, indem er bemerkte: „derselbe verfolge noch den weiteren Zweck, im Gesetze selbst klar zu stellen, dass die landesgesetzlichen Vorschriften über die Wirkung der Konkurseröffnung auf andere als die in den §§ 15—19 behandelten Rechtsverhältnisse, insbesondere also auf die einseitigen

Verträge des Gemeinschuldners aufrecht erhalten werden sollen. Er habe hiebei namentlich die Schlussbemerkungen der Motive zu § 20 (S. 85) im Auge gehabt, wo von den Vorschriften über die Einwirkung der Konkurseröffnung auf eheliche Güterverhältnisse, auf die Rechte des Gemeinschuldners am Vermögen seiner Kinder, auf das Mandat, die Bürgschaft u. s. w. die Rede sei. Nach den Motiven sollten allerdings die einschlagenden landesgesetzlichen Vorschriften bestehen bleiben; die Motive seien aber noch nicht das Gesetz selbst. Ohne einen besonderen Vorbehalt und namentlich bei der Allgemeinheit des im § 4 Einf.-Ges. gebrauchten Ausdrucks „Konkursrecht" würde man im Gegentheil annehmen müssen, dass die von ihm erwähnten Vorschriften ausser Kraft treten sollten." Auch dieser Punkt wurde dann vielfach erörtert und erwogen, ob ein Zusatz zu § 4 Einf.-Ges. oder zu § 20 gemacht werden solle, um den angeregten Zweifel zu beseitigen. Aber man kam nicht zu einem bestimmten Entschluss, sondern es wurde nur der Vorbehalt gemacht, bei Berathung über das Einführungsgesetz auf die Frage zurückzukommen. (K.: 153—161.)

3.

Als sodann § 4 Einf.-Ges. zur Diskussion gestellt wurde, beantragte Goldschmidt, dem § 20 die heutige Fassung zu geben, und es wurde dies ohne Debatte beschlossen. Ebenso wurde ohne Widerspruch dessen Antrag angenommen: Im Protokoll sei als die übereinstimmende Auffassung der Kommission und der Regierungsvertreter zu konstatiren: „Diese Fassung werde gewählt, um die Reichs- und namentlich die landesgesetzlichen Sondervorschriften Angesichts des § 4 Einf.-Ges. auch in Bezug auf Rechtsverhältnisse zu wahren, welche an sich unter die allgemeine Vorschrift des § 15 nicht fallen würden, also in Bezug auf andere als zweiseitige Verträge und andere als eigentliche Vertragsverhältnisse. Dagegen verbleibe es dabei:

1. Dass nur solche Vorschriften gewahrt würden, welche nicht die Wirkung der Konkurseröffnung auf Rechtsgeschäfte im Allgemeinen festsetzen oder als Ausfluss solcher allgemeinen Bestimmungen diese auf einzelne Rechtsgeschäfte lediglich anwenden, sondern welche, mit Rücksicht auf die besondere Natur gewisser Rechtsverhältnisse, lediglich für diese, unabhängig von jenen allgemeinen Bestimmungen, getroffen sind;

2. dass diese Vorschriften nur insoweit gewahrt werden sollen, als sie die Frage der Erfüllung des Vertrages oder der Beendigung des Verhältnisses, nicht insoweit sie eine Rückforderung des bereits Geleisteten aus der Konkursmasse betreffen. In letzterer Beziehung kommen vielmehr die Vorschriften des § 21 bezw. der §§ 35–38 zur ausschliesslichen Anwendung." (K.: 202.)

II.

Ergebnisse für die Auslegung.

1.

Dass die Vorschrift des § 20 sich nicht auf die Bestimmungen der §§ 16 bis 19 bezieht, diese vielmehr „absolutes Recht enthalten und die hier ein-

schlagenden Landesgesetze sämmtlich beseitigt werden" (K.: 156), ist schon nach dem Wortlaut des Gesetzes unzweifelhaft. Nach der mitgetheilten Entstehungsgeschichte des § ist aber der Wille des Gesetzgebers, der, da er im Gesetz selbst Ausdruck gefunden hat, jedenfalls wirksam sein muss, auch nach anderen Richtungen klar, und es muss angenommen werden:

a. dass die landesgesetzlichen Vorschriften, welche sich nicht auf zweiseitige Verträge beziehen, weder durch § 15, noch durch § 4 Einf.-Ges. berührt werden;

b. dass ebenso die Wirksamkeit des § 21 bezw. der §§ 35—38 durch den im § gemachten Vorbehalt nicht beeinträchtigt wird, dieser sich vielmehr nur auf die Vorschrift des § 15 (über die Erfüllung der Rechtsgeschäfte bezw. Verbindlichkeiten) bezieht;

c. dass endlich die landesgesetzlichen Vorschriften, welche bezüglich zweiseitiger Verträge etwas Anderes als § 15 bestimmen, nicht schon dann in Kraft bleiben, wenn sie formell eine besondere Bestimmung für den Fall des Konkurses enthalten, sondern nur, wenn sie als „besondere" Vorschriften in dem oben dargelegten Sinne anzusehen sind.

2.

Welche Vorschriften der Landesgesetze nach § 20 in Kraft bleiben, ist nach deren besonderem Charakter zu bestimmen und kann hier nicht näher erörtert werden. Die in den Motiven (v. Bem. 1) angeführten Beispiele, bezüglich deren auch in den Verhandlungen der Reichstagskommission kein Widerspruch erhoben wurde, sind als zutreffend anzusehen. Insbesondere gilt dies von den Vorschriften über die Beendigung der Gesellschaft. Andere Beispiele, welche in der Reichstagskommission (als zweifelhaft) angeführt wurden, sind bei Erläuterung des folgenden § zu erörtern.

§ 21.

Wenn in Folge der Eröffnung des Konkursverfahrens die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit oder die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses des Gemeinschuldners eintritt, so ist der andere Theil nicht berechtigt, die Rückgabe seiner in das Eigenthum des Gemeinschuldners übergegangenen Leistung aus der Konkursmasse zu verlangen. Er kann eine Forderung wegen der Nichterfüllung oder der Aufhebung nur als Konkursgläubiger geltend machen, soweit ihm nicht ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung zusteht.

(E.: § 21. M.: 86 ff. K.; 19 ff., pr. K.-O.: 15. 16. 216).

I.
Allgemeine Grundsätze.

1.

Der Gegenstand, auf den sich die Vorschrift des § bezieht, wurde in den Motiven (86) in folgender Weise bezeichnet: „Sofern die Erfüllung der schwebenden Verträge von dem Verwalter verlangt wird (§ 15), oder soweit dieselbe kraft des Gesetzes erfolgen muss (§§ 17—19), verbleibt es bei dem Inhalt und Gegenstand der kontraktlichen Erfüllung. Wenn aber die Eröffnung des Konkursverfahrens in die Erfüllung der Vertragsverhältnisse hemmend eingreift, so entsteht die Frage, was für ein Anspruch an die Stelle der kontraktlichen Leistung eintritt? Der § 16 beantwortet die Frage für die dort behandelten besonderen Rechtsgeschäfte; die allgemeine, alle übrigen Rechtsverhältnisse umfassende Regel ist hier aufzustellen.“ Bei Aufstellung dieser Regel waren verschiedene Fälle zu unterscheiden, nämlich die Fälle, in denen zufolge des dem Verwalter eingeräumten Wahlrechts die Nichterfüllung der dem Gemeinschuldner obliegenden Verbindlichkeit eintritt (§§ 15 und 18) und die Fälle, in denen nach besonderen Vorschriften des Gesetzes ein bestimmtes Rechtsverhältniss zufolge der Konkurseröffnung aufgehoben wird. Sowohl für den einen als für den anderen Fall wird durch § 21 der nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen begründete Anspruch des Mitkontrahenten auf Entschädigung gewahrt. Dagegen soll derselbe nur dann berechtigt sein, die Gegenstände, welche auf Grund des Vertrags in den Besitz des Gemeinschuldners bezw. Verwalters gelangt sind, zurückzufordern, wenn dieselben noch nicht in das Eigenthum des Gemeinschuldners übergegangen sind, ihm also das Recht der Vindikation oder ein Aussonderungsrecht (§§ 35 ff.) zusteht.

2.

Die letztere Vorschrift wurde in den Motiven (86 und 87) ausführlich begründet und geltend gemacht, die Zurückforderung der in das Eigenthum des Gemeinschuldners gelangten Gegenstände würde nur dann gerechtfertigt sein, wenn der Vertrag zufolge der Konkurseröffnung als nicht geschlossen oder als aufgehoben zu erachten sein würde, eine solche Auffassung sei aber weder mit Rücksicht auf die Veränderung der Umstände oder einen Verzug, noch mit Rücksicht auf eine Unmöglichkeit der Erfüllung, die gar nicht vorliege, begründet. Vielmehr ändere sich bloss die Art der Erfüllung und die blosse Nichterfüllung des Vertrags, die darin liege, könne eine Auflösung desselben nicht herbeiführen. Dies wurde zunächst durch dogmatische Gründe, sodann durch Berufung auf die Theorie und Praxis des gemeinen Rechts und das preuss. Landrecht gerechtfertigt.

Bezüglich des französischen Rechts, in welchem das entgegengesetzte Prinzip angenommen wurde und alle zweiseitigen Verträge für den Fall, dass der eine Theil seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, aufgelöst werden können, (Art. 1184, sowie Art. 1610 und 1654 C. c.), wurde bemerkt, dass die betr. Bestimmungen dem Gesetzgeber selbst, wenigstens für den Handelsverkehr und für ein Falliment

als unhaltbar erschienen seien, und desshalb der Art. 550 des Fallimentsgesetzes von 1838 das Vindikationsprivileg des Art. 2102 Nr. 4 ausdrücklich aufgehoben habe. Dass das „in seiner Anwendung durchlöcherte" Prinzip des französischen Rechts für das Konkursrecht nicht zugelassen werden könne, wurde ausserdem auch durch Gründe der Gesetzgebungspolitik zu rechtfertigen gesucht, und insbesondere geltend gemacht, dass es gegen den Grundsatz der Gleichstellung aller persönlichen Gläubiger verstosse, die Gläubiger aus zweiseitigen Verträgen in dieser Weise zu bevorzugen, während andere Gläubiger, namentlich die Darlehensgläubiger, ob sie Geld oder fungible Sachen gegeben hätten, immer nur soviel Geld erhielten, als die Konkursmasse biete. (M.: 89 und 90.)

3.

Unter die Vorschrift des § fallen ausser den schon bei § 15 erörterten Fällen, in welchen sich der Verwalter zufolge der Bestimmung dieses § für die Nichterfüllung eines Vertrags entscheidet, auch diejenigen Fälle, in welchen (nach §§ 17—19) ein Mieth- oder Dienstverhältniss durch Aufkündigung oder ein Verhältniss der ersteren Art durch Verkauf vor Ablauf der vertragsmässig bedungenen Zeit aufgehoben wird. Bis zur Beendigung des Verhältnisses bleibt der Vertrag in voller Geltung; es kann desshalb von Rückerstattung der bis dahin bezogenen Früchte oder des bis dahin gezahlten Preises keine Rede sein. Wegen der vorzeitigen Aufhebung kann aber der dadurch verletzte Theil Entschädigung beanspruchen. (M.: 92 und 92.) Ein solcher Anspruch besteht endlich auch dann, wenn auf Grund der durch § 20 aufrechterhaltenen besonderen Bestimmungen eine vorzeitige Aufhebung des betr. Rechtsverhältnisses, z. B. des Gesellschaftsverhältnisses herbeigeführt wnrde. (M.: 92 und 93.)

II.

Rückgabe der Leistung.

1.

Von den im § enthaltenen Vorschriften, welche absolute Geltung haben, und durch den in § 20 gemachten Vorbehalt nicht berührt werden (Bem. II. 1 zu § 20), ist die wichtigste offenbar die, nach welcher, wenn die Konkurseröffnung zu einer Nichterfüllung der dem Gemeinschuldner obliegenden Verbindlichkeit oder zu einer Aufhebung des Rechtsverhältnisses des Gemeinschuldners führt, der andere Theil nicht berechtigt ist, die Rückgabe der Gegenstände zu verlangen, welche zufolge der von ihm bewirkten Leistung in das Eigenthum des Gemeinschuldners übergegangen sind. Der Sinn dieser Vorschrift ist nach den früheren Erörterungen vollkommen klar. Steht dem anderen Theil, sei es weil er Eigenthümer der in den Besitz des Gemeinschuldners gelangten Sachen verblieben ist, sei es aus anderem Grunde, ein Aussonderungsrecht zu, so kann er dasselbe nach Massgabe der Vorschriften der K.-O. (§§ 35 ff.) geltend machen. Es werden durch § 21 diejenigen Rechte des Kontrahenten nicht berührt, „welche ihm zufolge des bürgerlichen Rechts (§ 35) auf Herausgabe einer nicht in das

Eigenthum des Gemeinschuldners gekommenen, oder welche ihm zufolge besonderer Vorschrift der K.-O. (§ 36) auf Herausgabe einer aus der Konkursmasse auszusondernden Leistung zustehen." (M.: 91.) Ist das Eigenthum an dem in Frage stehenden Gegenstand aber auf den Gemeinschuldner übergegangen, und nicht etwa das Aussonderungsbegehren nach § 36 begründet, so kann der etwa nach bürgerlichem Recht begründete Anspruch auf Herausgabe der Sache nicht, wie es nach der pr. K.-O. (§ 16) wenigstens für den Fall, dass das Geleistete noch in der Masse vorhanden sei, vorgeschrieben war, dieser gegenüber geltend gemacht werden. Vielmehr verwandelt sich dieser Anspruch zufolge der Konkurseröffnung in eine Geldforderung. (M.: 89.) „Das Geleistete bleibt im Vermögen und in der Masse des Gemeinschuldners; eine Kondiktion desselben (sine causa und ob causam datorum) ist ausgeschlossen; der Kontrahent hat nur einen Entschädigungsanspruch." (M.: 91.)

2.

Für das gemeine Recht und alle Gesetzgebungen, nach welchen der Eigenthumsübergang nicht durch den blossen Vertrag, sondern nur durch Tradition bewirkt wird, kommt es in der Regel darauf an, ob eine rechtswirksame Tradition und demgemäss ein Eigenthumsübergang erfolgte. Ist dies der Fall, so findet § 21 Anwendung, und es ist der Umstand, dass die causa traditionis angefochten werden und daraus ein Anspruch auf die Rückgabe der Sache abgeleitet werden kann, nicht geeignet, diese Anwendung auszuschliessen. Nur der dingliche Anspruch, nicht die persönliche Klage, welche eine Rückgängigmachung der erfolgten Eigenthumsübertragung zur Folge haben kann, bleibt durch § 21 unberührt.

Von tief eingreifender Bedeutung ist die Vorschrift des § für die Länder, in denen französisches Recht gilt. Auch für diese Gebiete bleiben natürlich die Vorschriften des bürgerlichen Rechts in Kraft, nach welchen die Nichterfüllung von Seite des einen Vertragschliessenden das Recht begründet, die Auflösung des Vertrags zu verlangen, und es kann von diesem Rechte dem Gemeinschuldner gegenüber Gebrauch gemacht werden. Da aber nach französischem Recht der Eigenthumsübergang durch den blossen Vertrag bewirkt wird, kann ungeachtet der Auflösung des Vertrags der andere Theil die Rückgabe der in das Eigenthum des Gemeinschuldners übergegangenen Gegenstände aus der Konkursmasse auf Grund des § 35 nicht verlangen, vielmehr verwandelt sich sein hierauf gerichteter Anspruch in einen Geldanspruch, den er im Konkursverfahren geltend machen kann.

3.

Immerhin wird, damit die Rückforderung der hingegebenen Sache ausgeschlossen ist, vorausgesetzt, dass dieselbe in das Eigenthum des Gemeinschuldners übergegangen ist, und es kann die betr. Vorschrift des § 21 dann keine Anwendung finden, wenn der Eigenthumsübergang nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts nicht in gültiger Weise stattgefunden hat, oder ohne Rücksicht

auf die Konkurseröffnung so anzusehen ist, als ob er nicht stattgefunden habe. In dieser Beziehung wurde in den Motiven (91) bemerkt: „Es soll keineswegs ein auf einem anderen Grunde beruhendes Recht des Kontrahenten oder des Verwalters zum Rücktritt von dem Vertrage oder zur Rückforderung des Gegebenen beseitigt sein — beruhe dieses Recht auf einem dem Vertrage beigefügten Abkommen, einem pactum reservati dominii, oder einer clausula cassatoria oder beruhe es auf einem Verzuge, welchen sich schon vor der Eröffnung des Konkursverfahrens der Gemeinschuldner, oder nach der Eröffnung der Verwalter, falls von ihm die Erfüllung begehrt worden, hat zu Schuld kommen lassen. — Nur die Konkurseröffnung und die in Folge deren eintretende Nichterfüllung soll kein gesetzlicher Aufhebungsgrund sein.“ War demnach die Eigenthumsübertragung in wirksamer Weise resolutiv bedingt, und ist die Resolutivbedingung schon vor Eröffnung des Konkursverfahrens eingetreten, so dass im Augenblick der Konkurseröffnung ein Vindikationsanspruch begründet, bezw. die Tradition als unwirksam anzusehen war, so kann ein Aussonderungsanspruch geltend gemacht werden. Insbesondere kann nach französischem Rechte die Rückgabe der betr. Sache dann verlangt werden, wenn der Vertrag selbst als ungültig angefochten werden, und die der Vindikation entgegengehaltene Einwendung, das Eigenthum sei durch den Vertrag übergegangen, durch die replicatio nullitatis beseitigt werden kann.

III.

Entschädigungsforderung wegen Nichterfüllung.

1.

Nach § 21 kann derjenige, der mit dem Gemeinschuldner einen Vertrag abgeschlossen hat, in allen Fällen, in welchen die demselben obliegende vertragsmässige Verbindlichkeit in Folge der Eröffnung des Konkursverfahrens entweder gar nicht oder in anderer Weise, als es dem Vertrag entspricht, erfüllt wird, Ersatz des dadurch verursachten Schadens verlangen. Ein solcher Entschädigungsanspruch kann sich, wie bereits früher (Bem. I. 3) bemerkt wurde, ergeben, wenn der Verwalter von dem Wahlrecht, das ihm in den §§ 15 und 17—19 eingeräumt ist, in der Weise Gebrauch macht, dass er sich für die Nichterfüllung entscheidet, oder wenn er auf Grund des § 17 oder § 19 eine Veräusserung der verpachteten oder vermietheten Sache vornimmt und dadurch eine vorzeitige Beendigung des Pacht- oder Miethverhältnisses herbeiführt. Dagegen ist ein derartiger Anspruch, wie aus der Natur der Sache hervorgeht und auch in den Motiven (92) hervorgehoben wurde, nicht gerechtfertigt, wenn der andere Theil gekündigt, und sich daher einen etwaigen Nachtheil selbst zugefügt hat. Auch in den Fällen, auf welche § 20 Anwendung findet, kann ein Entschädigungsanspruch begründet sein, da die Aufhebung des betr. Rechtsverhältnisses, wenn sie auch auf Grund einer ausserhalb der K.-O. liegenden Bestimmung eintritt, immerhin als Folge der Konkurseröffnung anzusehen ist, und ebenso kann sich ein solcher Anspruch daraus ergeben, dass das Konkursverfahren der Erfüllung oder Festsetzung einseitiger Verträge, auf welche die §§ 15 ff. keine Anwendung finden (Bem. I. 2 zu § 15 und Bem. zu § 20), Schranken setzt. (M.: 93.).

Damit ein Entschädigungsanspruch gegen die Masse geltend gemacht werden kann, wird übrigens keineswegs vorausgesetzt, dass die Erfüllung der in Frage stehenden Verbindlichkeit durch den Verwalter überhaupt möglich ist, sondern es kann auch wegen solcher Verträge, deren Erfüllung an die Person des Gemeinschuldners gebunden ist, falls diese nicht erlangt werden kann, Entschädigung aus der Masse gefordert werden. Auch dies wurde in den Motiven (93) ausdrücklich anerkannt.

2.

Dass ein Entschädigungsanspruch der fraglichen Art nur einen Konkursanspruch (§ 1) bildet, und desshalb nur in der in den §§ 54 ff. angegebenen Weise berücksichtigt werden kann, ist im Gesetz ausdrücklich gesagt. Zur Begründung dieser Vorschrift, welche auch die auf § 16 beruhenden Schadensersatzansprüche trifft, wurde in den Motiven (93) bemerkt: „Da die Wirksamkeit und der Inhalt des obligatorischen Rechtsverhältnisses trotz des durch den Konkurs eintretenden Unterbleibens der weiteren Erfüllung bestehen bleibt, und in Folge dieses Unterbleibens sich in einen Entschädigungsanspruch auflöst, so bildet ohne Unterschied der Fälle dieser Anspruch das Surrogat der kontraktlichen Rechte, wie sie zur Zeit der Konkurseröffnung bestanden. Hieraus folgt, dass der Berechtigte wegen seiner Schadensforderung stets und auch in dem Falle des § 16, sowie in dem Falle einer im Konkursverfahren erfolgenden Aufkündigung oder Aufhebung eines Pacht-, Mieth- oder Dienstvertrages als Gläubiger des Gemeinschuldners, nicht als Massegläubiger, anzusehen ist, und desshalb seine Forderung nur als Konkursgläubiger geltend machen kann, soweit er nicht etwa vermöge eines Pfand-, Hypotheken- oder anderen Rechts abgesonderte Befriedigung aus einem Theile der Konkursmasse zu erhalten hat.“ Es kann hienach eine Entschädigungsforderung wegen Nichterfüllung nicht etwa, weil dieselbe aus Geschäften oder Handlungen des Konkursverwalters entstanden sei, oder eine rechtlose Bereicherung der Masse vorliege (§ 52 Z. 1 u. 3), als Masseanspruch geltend gemacht werden. (Vergl. Bem. zu § 52.)

3.

Bezüglich des Umfangs der Entschädigungsforderung hatte § 21 pr. K.-O. bestimmt: „Bei Beurtheilung dieser Entschädigungsansprüche ist die Annahme zum Grund zu legen, dass die Nichterfüllung durch eine Veränderung der Umstände hervorgerufen ist, welche sich in der Person des Gemeinschuldners ereignet hat.“ Diese Bestimmung, nach welcher in Anwendung des in § 381 I. 5 des pr. A.-L.-R.: aufgestellten Grundsatzes „derjenige Kontrahent, in dessen Person die Veränderung sich ergibt, welche die Veranlassung ist, dass seinerseits der Vertrag aufgehoben wird, den anderen Kontrahenten „vollständig“ entschädigen, d. h. ihm nicht bloss den entgangenen Gewinn ersetzen muss“ (M.: 94), wurde aber nicht in die K.-O. aufgenommen, und es wurde dies in den Motiven (a. a. O.) in folgender Weise begründet: „Die Vorschrift entspricht zwar im Allgemeinen der Sachlage, beruht aber auf der Geltung jenes Grundsatzes des preussischen Rechts und kann auf die übrigen Rechtssysteme nicht unbedingte Anwendung finden. Die

Beurtheilung der Höhe des Schadensanspruchs muss aus der Natur des einzelnen Falles und den Regeln des bürgerlichen Rechts geschöpft werden. Eine allgemeine Regel aufzustellen, ist hier weder möglich noch statthaft. In einzelnen Fällen (vergl. z. B. Code civil Art. 1744—1747, Gewerbeordnung § 23) stellen übrigens schon die Gesetze den Umfang der Schadensforderung fest." Soweit der Schaden durch das bürgerliche Recht nicht in solcher Weise fixirt ist, hat das Gericht nach § 260 C.-P.-O. unter Würdigung aller Umstände nach freier Ueberzeugung zu entscheiden, ob ein Schaden entstanden ist und wie hoch sich derselbe beläuft.

Bezüglich der dem Verpächter zustehenden Entschädigungs-Ansprüche wurde in der Reichstagskommission von Frankenburger das Bedenken angeregt, die Motive (S. 78) könnten dahin aufgefasst werden, dass nur die im Kontrakte ausdrücklich ausbedungenen Entschädigungsansprüche gemeint seien. Dieses Bedenken wurde aber von Regierungskommissar Hagens durch die Erklärung beseitigt: „Es solle jede nach dem Civilrecht begründete Entschädigungsforderung, nicht bloss die im Kontrakt vorgesehene und fixirte, zugelassen werden." (K.: 19.)

IV.

Besondere Bemerkungen zu einzelnen Fällen.

1.

(§ 977 I. 11 preuss. Landrechts.)

Durch die angeführte Vorschrift des pr. A.-L.-R. wird dem Besteller eines Werks für den Fall des Konkurses über das Vermögen des Werkmeisters das Recht verliehen, aus der Masse die Materialien herauszunehmen, welche der Werkmeister mit seinen — des Bestellers — Vorschüssen angeschafft und bezahlt hat. Diese Vorschrift ist aber durch § 21 insofern aufgehoben, als der Besteller nicht die Herausgabe der in das Eigenthum des Gemeinschuldners übergegangenen Materialien sondern lediglich Entschädigung verlangen kann. In den Motiven wurde bemerkt: „Es ist kein Grund vorhanden, diese Ausnahmebestimmung aufrecht zu erhalten; dieselbe widerspricht nicht nur den Vorschriften dieses Titels, sondern auch denen des vierten Titels über die Ansprüche auf Herausgabe von Sachen aus der Konkursmasse." (M.: 93.) — Ebenso wurde bei Erläuterung des § 20 bemerkt, die Vorschrift des § 977 betreffe nicht (wie die des § 975) die Frage des § 15, sondern die des § 21 des Entwurfs. (M.: 85.)

2.

(Art. 2102 Nr. 4 Code civil.)

Bezüglich der Vorschrift des Art. 2102 Nr. 4 C. c., nach welcher der Verkäufer von beweglichen noch nicht bezahlten Sachen berechtigt ist, deren Herausgabe zu verlangen („revendiquer les effets"), wenn die Revindikation innerhalb 8 Tagen nach der Uebergabe erfolgt und sich die Sachen noch in demselben Zustand, wie zur Zeit der Uebergabe befinden, wurde in den Berathungen der

Reichstagskommission die Frage erörtert, in welchem Verhältniss dieselbe zu § 20 K.-O. stehe, und ob die Herausgabe auf Grund dieser Bestimmung ungeachtet der Vorschrift des § 21 verlangt werden könne. Während von Sarwey in seiner oben zitirten Schrift (S. 60 ff.) von der Voraussetzung ausging, dass diese Vorschrift durch § 20 K.-O. aufrecht erhalten werden solle, und daraus Veranlassung nahm, gegen diesen § zu polemisiren, bemerkte Regierungsrath Hagens bei den Kommissionsberathungen: „Was den § 2102 Nr. 4 Code civil betreffe, so falle derselbe weder unter den § 20 noch unter den § 15 des Entwurfs. Art. 2102 enthalte keine Sondervorschrift für den Konkurs — er sei durch das französische Fallimentsgesetz von 1838 (Art. 550) gerade für den Konkurs ausser Kraft gesetzt; ebensowenig enthalte er eine Sondervorschrift für die Erfüllung eines Kaufs, vielmehr eine Konsequenz der allgemeinen Vorschrift des Code, dass die Nichterfüllung eines Vertrags dessen Aufhebung herbeiführe, (Art. 550, 1184, 1654). Der Art. 2102 falle unter § 21 des Entwurfs. Wenn man annehme, dass das Eigenthum schon auf den kaufenden Gemeinschuldner übergegangen sei, so werde Art. 2102 Nr. 4 durch § 21 beseitigt. habe aber Art. 2102 Nr. 4 die Bedeutung, dass der Käufer noch vindiziren könne, so finde § 15 Anwendung, d. h. der Verwalter könne dann gegen Zahlung des Preises die Sache behalten." (K.: 157 und 158.) Nach dieser vollkommen zutreffenden Ausführung, welche in der Kommission keinerlei Widerspruch erfuhr, und der auch heute von allen Seiten zugestimmt wird [1]), handelt es sich hier nur um die Frage, ob dem Verkäufer nach Art. 2102 eine dingliche Klage (Vindikation) zusteht, oder ob er bloss eine persönliche Klage auf Rückgabe der Sache hat, die sich nach § 21 in einen Entschädigungsanspruch verwandelt. Nach den Grundsätzen des französischen Rechts ist diese Frage im letzteren Sinne zu entscheiden. Durch den Kauf ist das Eigenthum an den verkauften Gegenständen auf den Käufer übergegangen, und es steht dem Verkäufer im Allgemeinen nur eine Forderung auf Bezahlung des Kaufpreises zu, der allerdings ein Privileg zur Seite steht. Die revendication, welche der Verkäufer, falls er „sans terme" verkauft hat, innerhalb acht Tagen vornehmen kann, dient nicht dazu, die Auflösung des Vertrags herbeizuführen, und hat ebensowenig in einer von Rechtswegen eingetretenen Auflösung oder Aufhebung des Vertrags ihren Grund, wie von einigen Schriftstellern behauptet wird, sondern hat nur den Zweck, dem Verkäufer wieder den Besitz der Sache zu verschaffen und die Ausübung des durch Art. 1612 eingeräumten Zurückbehaltungsrechts zu ermöglichen. Es steht fest, dass die Vorschrift des Art. 2102 Nr. 4 dem älteren Recht entnommen wurde, in welchem der Grundsatz des römischen Rechts Geltung erlangt hatte, dass das Eigenthum, sofern der Kaufpreis nicht kredidirt wurde, erst mit dessen Bezahlung auf den Käufer übergehe. (Pothier, vente Nr. 323 ff. und 476, Cout. de Paris, Art. 176.) Im älteren Recht war die Klage natürlich eine dingliche, da dem Verkäufer das Eigenthum verblieben war; derselbe verlangte als Eigenthümer den Besitz der Sache zurück. Von einer Auflösung des Vertrags war keine

[1]) V. von Sarwey § 20 Bem. 3 S. 93; Hullmann § 21 Bem. 5. S. 120 ff.

Rede, vielmehr war das Recht der Rückforderung demselben, wie es in der Cout. de Paris heisst, nur gegeben, „pour être payé du prix, qu'il a vendu." Derselbe Zweck wird auch heute verfolgt, doch ist die Klage, da der Verkäufer nicht mehr Eigenthümer ist, keine dingliche mehr. Der Ausdruck „revendication", der aus dem älteren Recht herübergenommen wurde, entscheidet nichts. Uebrigens kommt derselbe auch in Art. 2102 Nr. 1 vor, wo es sich unzweifelhaft nur darum handelt, den Besitz und die Sicherheit für die privilegirte Forderung zu erhalten. Die Zurückforderung erfolgt in beiden Fällen jure pignoris, nicht jure dominii. [1])

DRITTER TITEL.

Anfechtung.

(§§ 22—34.)

Vorbemerkungen.

1.

Da der Gemeinschuldner nach § 5 erst mit der Konkurseröffnung die Befugniss verliert, über sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verfügen, sind die vor derselben von ihm vorgenommenen Rechtshandlungen an sich gültig, und es bedarf einer besonderen Anfechtung, damit sie als unwirksam erklärt werden können. Die Nothwendigkeit von besonderen Vorschriften über die Anfechtbarkeit derartiger Handlungen wurde in den Motiven (94—95) durch die Erfahrung gerechtfertigt, dass Schuldner, die sich in bedrängter Lage befinden, häufig ihr Vermögen verschleudern oder in willkürlicher Weise vertheilen oder bei Seite schaffen und sodann bemerkt: „Es gilt, dem Befriedigungsverfahren die Grundlage, die Befriedigungsmasse zu sichern, unrechtmässig entzogene Vermögensstücke derselben wieder zuzuführen. Wenn aber auf der einen Seite es geboten ist, zum Schutze der Gläubiger betrüglichen und willkürlichen Handlungen ihres Schuldners rechtliche Wirkung zu versagen, so steht dem auf der anderen Seite die Nothwendigkeit gegenüber, die Rechtssicherheit des Verkehrs und den allgemeinen Kredit zu schützen, und diese gebieten, dass die Handlung

[1]) Obige Ansicht, die nach Mourlon zuerst von Bugnet, dem Herausgeber Pothiers und dann von Vuatrin aufgestellt wurde, ist jetzt die herrschende und wird von fast allen neueren Schriftstellern getheilt. V. Zachariä-Puchelt § 261 II. S. 122; Paul Pont hyp. et priv. Art. 2102 Nr. XII. Bd. 1 S. 135 ff.; Aubry et Rau § 356 Bd. III. S. 288; Valette, hypoth. et privilèges I. Nr. 90; Laurent pr. du droit civil Bd. 29 Nr. 494 ff. S. 525 ff.; Mourlon Répét. écrites Bd. III. S. 575 ff. A. M. ist Troplong, hyp. et privilèges Nr. 187 bis und ff. Bd. I. S. 241 ff., der die von Bugnet aufgestellte Theorie noch nicht kannte.

eines nicht, wenigstens nicht erkennbar, in seiner Verfügung Beschränkten aufrecht erhalten bleiben."

War man hienach bei Aufstellung des Entwurfs von der Nothwendigkeit einer Regelung des Anfechtungsrechts durch die Konkursordnung überzeugt, so erkannte man auch, dass es nicht genüge, wie es früher vorgeschlagen worden war, nur einzelne, „dem kaufmännischen Konkurs unentbehrliche" Bestimmungen zu treffen. Es wurde vielmehr desshalb beschlossen, „auf eine vollständige Lösung der Aufgabe für den Bereich des Konkurses nicht zu verzichten", sondern das Anfechtungsrecht „einheitlich und vollständig zu regeln." (M.: 95.)

2.

Bei der Aufstellung des Entwurfs kamen mit Rücksicht auf den in Deutschland bestehenden Rechtszustand der in den Motiven (95 ff.) ausführlich dargelegt wurde, hauptsächlich drei Systeme in Betracht, nämlich:

1. Das auch einer Reihe von Partikular-Gesetzgebungen zu Grund liegende System des gemeinen Rechts, nach welchem die Verfügungsunfähigkeit des Gemeinschuldners erst mit der Konkurseröffnung eintritt, und die Anfechtung einer vor derselben vorgenommenen Handlung lediglich mittelst der actio Pauliana erfolgt. Nach diesem kann ohne eine Absicht oder ein Bewusstsein des Schuldners, seine Gläubiger zu verkürzen, und, soweit nicht eine Freigebigkeit vorliegt, ohne gleichzeitige Theilnahme des Anderen an dem Betruge eine Veräusserung auch dann nicht anfechtbar ist, wenn zur Zeit derselben der Gemeinschuldner schon in Vermögensunzulänglichkeit oder Zahlungsunfähigkeit sich befunden oder seine Zahlungen eingestellt haben sollte (M.: 96);

2. das ältere französische System (Code de Commerce Art. 437 ff.), nach welchem der Fallimentszustand mit dem Tag der Zahlungseinstellung beginnt und diese den Verlust des Verfügungsrechts herbeiführt, eine Reihe von Rechtshandlungen aber für unwirksam erklärt ist, wenn sie in den der Zahlungseinstellung vorhergehenden 10 Tagen vorgenommen worden sind, und bei allen „seinen Handel betreffenden Rechtsgeschäften", die innerhalb dieser 10 Tage erfolgten, eine betrügerische Absicht des Schuldners vermuthet wird;

3. das neuere französische System (Fallimentsgesetz von 1838 Art. 443 ff.), nach welchem zwar die Verfügungsunfähigkeit des Falliten erst mit der Fallimentserklärung eintritt, jedoch alle vor dieser aber nach der Zahlungseiustellung vorgenommenen Zahlungen und Rechtsgeschäfte, für ungültig erklärt werden können, „si de la part de ceux, qui ont reçu du débiteur ou qui ont traité avec lui, ils ont eu lieu avec connaissance de la cessation de ses payements", und ausserdem verschiedene eine Reihe von Handlungen (namentlich Veräusserungen, vorzeitige Zahlungen etc.), unter allen Umständen ungültig sind, wenn sie nicht früher als 10 Tage vor der Zahlungseinstellung vorgenommen wurden.

Bezüglich des gemeinrechtlichen Systems wurde in den Motiven (100 ff.) geltend gemacht, zufolge des Grundsatzes, dass die Insolvenz für sich ohne konkurrirenden Betrug die Wirksamkeit der Verfügungen des Gemeinschuldners nicht beeinträchtige, hätten sich alle Versuche, die Masse gegen einzelne Hand-

lungen des Schuldners, durch welche sie ausgeplündert werde, zu schützen als unzulänglieh erwiesen. Dagegen wurde dem älteren französischen System, mit dem die Vorschriften des älteren englischen Rechts übereinstimmten, der Vorwurf gemacht, dass es gegen die Personen, die mit dem Gemeinschuldner Verträge abschlossen bezw. Zahlungen an ihn machten, zu hart sei, und den guten Glauben derselben nicht, wie es geboten sei, berücksichtige. Desshalb entschied man sich, soweit es sich um die Anfechtungsgründe handelt, im Allgemeinen für das neuere französische System, das auch dem neueren englischen Recht und der preussischen Konkursordnung (§§ 100 ff.), sowie dem Gesetz für die preussische Rheinprovinz vom 9. Mai 1859 zum Vorbild gedient hat, und dessen Vorschriften die der bayerischen Prozessordnung (Art. 1222 ff.) entsprechen.

Die allgemeinen Prinzipien, von denen die K.-O. ausgeht, wurden in den Motiven (110) dahin zusammengefasst: „Es wird die Anfechtbarkeit der dem Verfahren vorausgegangenen Rechtsgeschäfte in allen Fällen darauf gegründet, dass der Schuldner zur gegenwärtigen Zeit des Befriedigungsverfahrens ausser Stand ist, den Gläubigern volle Befriedigung zu gewähren, und dass Mittel zu ihrer Befriedigung von demjenigen zurückgegeben werden müssen, der entweder durch einen unredlichen oder durch einen unentgeltlichen Erwerb die Befriedigungsmasse verringert hatte. Redliche Erwerbungen gegen Entgelt sind der Anfechtung nicht ausgesetzt. Darin ist der Entwurf milder als die meisten modernen Rechte. Die Unredlichkeit aber verfolgt er in einem strengern Sinne und weitern Umfang als das römische Recht.“

3.

Im Einzelnen enthält Titel III folgende Bestimmungen. Nachdem im § 22 das Anfechtungsrecht im Allgemeinen geregelt ist, werden in den §§ 23—25 die Anfechtungsgründe, in den §§ 26 und 27 dagegen Beschränkungen des Anfechtungsrechts aufgestellt. In § 28 wird sodann das Anfechtungsrecht auch für den Fall gewahrt, dass für die anzufechtende Rechtshandlung ein vollstreckbarer Schuldtitel erlangt, oder dieselbe durch Zwangsvollstreckung oder Vollziehung eines Arrestes erwirkt wurde. Durch § 29 wird die Ausübung des Anfechtungsrechts dem Konkursverwalter zugewiesen, und in den §§ 30—32 vorgeschrieben, welche Wirkungen die erfolgreiche Anfechtung hat. Sodann wird in § 33 die Ausübung des Anfechtungsrechts gegenüber den Rechtsnachfolgern des ursprünglichen Anfechtungsgegners geregelt, und schliesslich in § 34 eine Verjährungsfrist für die Geltendmachung des Anfechtungsrechts festgesetzt.

§ 22.

Rechtshandlungen, welche vor der Eröffnung des Konkursverfahrens vorgenommen sind, können als den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam nach Massgabe der folgenden Bestimmungen angefochten werden.

(E.: § 22. M.: 111 ff., K.: 20 ff., pr. K.-O. §§ 99 u. 110.)

I.

Rechtshandlungen, welche vor der Eröffnung des Konkursverfahrens vorgenommen wurden.

1.

Bedeutung des Wortes „Rechtshandlung".

Als Voraussetzung der Anfechtbarkeit wurde in den Motiven mehrfach der Umstand bezeichnet, dass die betr. Handlung das Befriedigungsrecht der Gläubiger verletzt haben müsse. Dies auch im Gesetz auszusprechen, wurde aber vermieden, um nicht durch eine zu enge Fassung den gesetzgeberischen Gedanken abzuschwächen und Gefahr zu laufen, dass auch berechtigte Anfechtungen ausgeschlossen oder doch Missverständnisse über den Sinn des Gesetzes hervorgerufen würden. In dieser Beziehung wurde in den Motiven (114) bemerkt: „Rechtshandlungen, welche den Gläubigern zum Vortheil gereichen, können nicht angefochten werden; das ist selbstverständlich. Wollte man aber in das Gesetz allgemein den ausdrücklichen Zusatz aufnehmen, dass sie den Gläubigern zum Nachtheil gereicht haben müssen, so würde das in Betreff einer Hauptart, der beiderseits betrüglichen Rechtsgeschäfte, viel zu weit gehen. Bei diesen darf es auf die Angemessenheit des Entgelts nicht ankommen; wenn z. B. der Schuldner kurz vor der Flucht seine Waaren zu Geld gemacht und der Käufer um die betrügliche Sache gewusst hat, so kann die Anfechtung dadurch nicht ausgeschlossen werden, dass das bei Seite geschaffte Geld ein für die Waaren angemessener Preis war; und umgekehrt kann eine sonst unanfechtbare Handlung nicht dadurch anfechtbar werden, dass sie ein für den Vermögensstand des Schuldners ungünstiges Geschäft enthalten hat. Allerdings muss allemal die Handlung eine Verminderung des Vermögens bewirkt haben, insofern, als durch sie — sei es für, sei es ohne Gegenleistung — Bestandtheile aus dem Vermögen gelangt sind oder gelangen sollten. Das gemeine Recht drückt dies mit dem Worte „Veräusserung" aus, so auch das sächsische bürgerliche Gesetzbuch § 1510. Das Wort ist aber zu eng; desshalb fügt § 1511 des letzteren Gesetzbuchs ausdrücklich hinzu: „„Als Veräusserung gilt jede Vermögensminderung, sie beziehe sich auf Sachen, oder Rechte an Sachen oder auf Forderungen."" Man ist nach allen Rechtssystemen darüber einig, dass auch Zahlungen, Leistungen, Verpflichtungen, Anerkenntnisse u. s. w. Gegenstand der Anfechtung sein müssen, und auf solche Handlungen würde der Begriff Veräusserung selbst im weiteren Sinne des Wortes nur mit Zwang angewendet werden können. Im Anschluss an das alte römische Edikt: quaecunque gesta erunt (l. 1—3 D. quae in fraudem cred. 42. 8) und in Uebereinstimmung mit fast allen neueren Gesetzgebungen bezeichnet daher der Entwurf als anfechtbar alle „Rechtshandlungen."" [1]) Der An-

[1]) Die Ausdrücke, welche in anderen Gesetzgebungen gebraucht werden, sind verschieden. Es wird gesprochen von: „Rechtshandlungen, Handlungen, Verfügungen, Dispositionen, Rechtsgeschäften, Geschäften und actes. (M. 114 und 115).

fechtung durch den Konkursverwalter (§ 29) unterliegen hienach alle Handlungen, welche sich auf das zur Konkursmasse gehörige Vermögen beziehen und durch welche in irgend einer Weise der Bestand der Konkursmasse verringert und die Befriedigung aller oder doch einzelner Konkursgläubiger verhindert wird, sei es, dass Rechte für einen Dritten begründet oder doch Rechte, die dem Gemeinschuldner zustehen, aufgegeben werden.

2.

Rechtshandlungen des Gemeinschuldners.

Dass die Rechtshandlung, welche angefochten werden soll, vom Gemeinschuldner vorgenommen sein müsse, ist im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt; es ergibt sich aber aus der Natur der Anfechtung von selbst, dass in der Regel eine Thätigkeit des Gemeinschuldners oder eines Bevollmächtigten desselben (V. Bem. I. 3 zu § 6), welche das Befriedigungsrecht der Gläubiger verletzt, vorausgesetzt wird. Wie § 5 nur diejenigen Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung vornimmt, für nichtig erklärt, so sollen auch durch die §§ 22 ff. nur Handlungen, die von diesem ausgehen oder bei denen er doch mitgewirkt hat, der Anfechtung unterworfen werden. Hat ein Gläubiger die Masse durch eine Handlung, bei welcher der Gemeinschuldner in keiner Weise mitwirkte oder zugezogen war, z. B. durch eigenmächtige Aneignung von Massegegenständen oder sonstige Selbstbefriedigung geschädigt, so hat der Verwalter natürlich auch ihm gegenüber die Rechte der Masse zu wahren. Aber dazu ist die hier in Frage stehende Anfechtung weder nothwendig noch das richtige Mittel. In den Motiven (115) wurde denn auch ausdrücklich hervorgehoben, dass stets eine Rechtshandlung des Gemeinschuldners vorausgesetzt werde und zur Erläuterung weiter bemerkt: „Der Konkursanspruch kann freilich auch durch die Rechtshandlung eines einzelnen Konkursgläubigers, der gegen die par conditio verstösst, verletzt werden; es muss aber doch zugleich eine Rechtshandlung des Schuldners vorliegen. Man darf dies nur nicht zu eng auffassen. Es ist nicht gerade nöthig, dass der Schuldner selbst die Handlung vornimmt. Bei einer Stellvertretung des Schuldners leuchtet dies ein; indessen auch sonst wird ein aktives Handeln desselben nicht erforderlich erscheinen; auch eine passive Betheiligung an der Handlung genügt."

Aus diesen Ausführungen darf nicht geschlossen werden, dass Zahlungen, oder andere Leistungen, die entweder in unfreiwilliger Weise vom Gemeinschuldner vorgenommen wurden, oder bei denen er, wie bei Pfändungen etc. eine ganz passive Rolle spielte, nicht angefochten werden können, denn in dieser Beziehung sind die Vorschriften des § 78 massgebend. (Bem. II. 2 zu § 23 und Bem. zu § 28.) Aber die Ausführungen in den Motiven verlieren dadurch ihre Bedeutung nicht. [1])

[1]) V. auch von Sarwey § 23 Bem. 4 S. 132. Hullmann meint allerdings (§ 22 Bem. 9 S. 136 und 137), der in den Motiven aufgestellte Grundsatz sei durch die in der Reichstagskommission vorgenommene Abänderung des § 23 („erfolgten" statt

3.

Unterlassungen des Gemeinschuldners.

Während unter „Handlungen“ im weiteren Sinne des Wortes auch Unterlassungshandlungen verstanden werden, setzt der Begriff der „Rechtshandlung“ schon nach den Regeln der Sprache immer eine bestimmte Thätigkeit voraus, welche, wenn auch nur durch Begünstigung eines Dritten, oder durch Vorschubleistung, eine Veränderung im Rechtszustand herbeiführt oder doch herbeiführen soll. Jedenfalls wird, wie aus den Motiven deutlich hervorgeht, hier eine derartige Mitwirkung des Gemeinschuldners vorausgesetzt. Dort wurde nämlich (115) bemerkt: „Das römische Recht geht noch weiter; es begreift unter einem gestum des Schuldners auch noch ein non facere, quod debet facere; namentlich wird hervorgehoben: das durch fraudulöses Unterlassen verursachte Erlöschen eines Prozesses, das Geschehenlassen einer Verjährung, und der Verlust einer Servitut durch absichtlichen non usus. Die Quellen rechtfertigen es durch den auf alle Fälle anwendbaren Ausspruch: eum quoque alienare dicitur, qui non utendo amisit servitutes. (l. 28 pr. D. de V. S.) Allerdings eine Veräusserung — die Aufgabe eines Vermögensstückes — kann auch durch Unterlassung geschehen; aber ein blosses Unterlassen entzieht sich der Anfechtung. Die Anfechtung soll das Geschehene ungeschehen machen — acsi facta non esset —; sie setzt voraus, dass das Vermögensstück durch eine bestimmte Handlung und durch sie allein aufgegeben wurde, dass es ohne diese Handlung dem Vermögen noch angehören würde und mit Beseitigung desselben ihm wieder zufalle. Eine Unterlassung kann nicht beseitigt werden, — ein Nichtgeschehenes geschehen machen, ist mehr als Beseitigung dessen, was der Schuldner begangen hat. Nur positives Thun ist anfechtbar, nur eine „Rechtshandlung“. Eine Unterlassung bloss dann, wenn das Gesetz sie einer bestimmten positiven Handlung gleichstellt. Erscheint z. B. der Beklagte in einem bestimmten Termine zur mündlichen Verhandlung nicht, so ist nach § 296 C.-P.-O. das thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden anzunehmen. Das fraudulöse Nichterscheinen ist gleich dem fraudulösen Zugeständniss und kann gleich diesem angefochten werden. Dass man betrügliche Abmachungen über eine Nichtvertheidigung oder das ebenmässige Zurücknehmen einer Klage anfechten und dadurch den eingetretenen Verlust eines Rechts beseitigen kann, leuchtet ein; denn die Abmachung und das Zurücknehmen sind positive Handlungen.“

Auch in der Reichstagskommission wurde anerkannt, dass Unterlassungen nicht unter die Vorschriften der §§ 22 ff. fallen. (K. 21, 22.) Dass im Einzelnen Zweifel darüber entstehen können, ob eine positive Handlung (Bem. 3) oder eine blosse Unterlassung des Gemeinschuldners vorliegt, ist hienach klar. Es wird aber in der Regel nicht allzu schwierig sein, dieselben durch Anwendung

„vorgenommenen“) beseitigt worden. Durch diese Abänderung sollte aber nur den in § 28 enthaltenen Vorschriften in deutlicher Weise Ausdruck gegeben werden. Die in den Motiven ausgesprochene Auffassung wurde dagegen von keiner Seite bekämpft. (V. Bem. zu §§ 23 und 28).

der aufgestellten Grundsätze zu beseitigen. Wenn eine Veränderung in dem bestehenden Rechtszustand in dem natürlichen Lauf der Dinge oder im Gesetz selbst ihren Grund hat, wie es z. B. bei der Verjährung der Fall ist, und der Gemeinschuldner es nur, wenn auch schuldhafter Weise, unterlassen hat, den Eintritt dieser Veränderung durch eine positive Handlung zu verhindern, ist die Anwendung des § ausgeschlossen. Wenn dagegen die Veränderung durch eine menschliche Handlung bewirkt wurde, so kann diese auch dann angefochten werden, wenn sie zwar nicht vom Gemeinschuldner vorgenommen, aber die in Frage stehende Wirkung nur dadurch erreicht worden ist, dass dieser thätig mitwirkte, oder doch den Dritten gewähren liess und lediglich durch seine Zustimmung oder durch „Geschehenlassen" die Benachtheiligung der Masse ermöglichte. [1])

4.

Verzicht auf den Erwerb von Rechten.

Die Gläubiger haben nur Anspruch darauf, dass das vorhandene Vermögen, aus dem sie Befriedigung zu suchen berechtigt sind, ihnen nicht entzogen, nicht aber darauf, dass es vergrössert werde. Die Konkursordnung greift allerdings nicht in das bürgerliche Recht ein, soweit dieses (wie z. B. Art. 1166 des Code civil) den Gläubigern die Befugniss einräumt, die dem Schuldner zustehenden Rechte auszuüben, und so auch Erwerbshandlungen vorzunehmen. Vielmehr ist die Wirksamkeit solcher Handlungen, deren Vornahme auch dem Konkursverwalter zustehen wird (Bem. II. zu § 5) lediglich nach dem bürgerlichen Rechte zu beurtheilen. Eine Anfechtung der von dem Gemeinschuldner vorgenommenen Handlungen ist aber ausgeschlossen, wenn lediglich die Unterlassung eines Erwerbs, nicht das Aufgeben eines Rechts in Frage steht. In der Regel wird zwar, wenn es sich darum handelt, dass ein möglicher Erwerb nicht gemacht wird, eine blosse Unterlassung vorliegen, und die Anfechtung schon desshalb ausgeschlossen sein, wogegen sich positive Handlungen des Gemeinschuldners (Verzichte etc.) meistens als Aufgeben eines bereits erworbenen Rechts charakterisiren. Aber wo dies nicht der Fall ist, wie z. B. bei der Ausschlagung einer dem Gemeinschuldner zugedachten Schenkung, kann die von demselben vorgenommene Handlung nicht angefochten werden. In dieser Beziehung wurde in den Motiven (116) gesagt: „Nicht anfechtbar endlich ist ein Verhalten des Schuldners, welches sein Vermögen nicht um einen bereits erworbenen Bestandtheil vermindert, sondern welches nur die Vergrösserung desselben um einen möglichen Erwerb ausschliesst. Selbst eine positive Handlung ist unanfechtbar, wenn sie lediglich ein „nolle acquirere" nicht ein „diminuere" enthält. Das gemeine Recht stellt diesen

[1]) V. von Sarwey, § 22 Bem. 1 S. 118 ff. Unter der Herrschaft der pr. K.-O. wurde von Meischeider (§ 10 S. 25) angenommen, „die Unterlassungen im Prozess seien die einzigen Omissionen, gegen welche die Anfechtung gerichtet werden könne." Was derselbe als prozessualische Unterlassungen ansieht, wird aber in den Motiven zu den positiven Rechtshandlungen gerechnet.

Grundsatz in weiter Anwendung auf; der Grundsatz ist von keiner anderen Gesetzgebung verlassen worden — auch die Art. 622, 1447, 1464, 2225 Code civil betreffen die fraudulöse Aufgabe erworbener Rechte —; er kann auch nicht verlassen werden. Hat erst die Handlung den Erwerb ausgeschlossen, so liegt keine Verletzung der Gläubiger vor; es ist in keinem Moment ein zu ihrer Befriedigung verwendbares Mittel vorhanden gewesen, ihnen also auch nicht entzogen worden. Die Gläubiger dürfen wohl verlangen, dass das gesammte Vermögen ihres Schuldners in allen Bestandtheilen, ohne Rücksicht auf die Zeit, wenn, oder auf die Art, wodurch dieser oder jener Bestandtheil erworben, zu ihrer Befriedigung verwendet werde, — es kann ihnen aber kein Recht darauf zugestanden werden, dass der Schuldner behufs ihrer Befriedigung etwas erwerbe. Ob etwas als schon erworben oder als noch nicht erworben anzusehen ist, das kann nach den verschiedenen Gesetzgebungen verschieden beantwortet sein und bleiben."

In Beziehung auf die Frage, ob eine Entsagung von Erbschaften und Vermächtnissen der Anfechtbarkeit unterworfen oder entzogen ist (Vergl. Bem. III. 3 zu § 1), wurde in den Motiven (116 und 117) bemerkt: „Als unanfechtbar betrachtet sie das römische Recht, welches sogar die Abstinenz eines suus et necessarius heres und die Repudiation eines Legats nicht als ein alienare, sondern als ein nolle acquirere ansieht. Dagegen erklärt das sächsische bürgerliche Gesetzbuch in § 1511 die Ausschlagung einer Erbschaft, eines Vermächtnisses oder einer Anwartschaft für eine anfechtbare Veräusserung. Nach dem alten deutschen, nach preussischem und französischem Rechte begründet unzweifelhaft schon der Anfall ein wohlerworbenes Recht auf die Erbschaft oder das Vermächtniss; nach ihnen wird daher überall eine Anfechtung der Entsagung möglich sein und die von dem Gemeinschuldner aufgegebene Erbschaft u. s. w. trotz der Entsagung angenommen werden können." Dass durch eine erfolgreiche Anfechtung nur die Entsagung selbst, nicht aber die Versäumniss der Frist zur Vornahme einer positiven Handlung beseitigt wird, versteht sich von selbst und wurde auch in den Motiven ausdrücklich hervorgehoben.

5.

Vornahme der Rechtshandlung vor Eröffnung des Verfahrens.

Wurde eine Rechtshandlung, die im Allgemeinen der Anfechtung unterliegt, nach der Stunde vorgenommen, von welcher die Eröffnung des Verfahrens datirt (V. § 100 und § 6 Abs. 3), so bedarf es eines besonderen Anfechtungsgrundes nicht, sondern die betr. Handlung ist (nach § 6 Abs. 1) den Konkursgläubigern gegenüber nichtig. [1]) Nur wenn feststeht, dass die betr. Handlung

[1]) Fuchs stellt (in seinem deutschen Konkursprozess S. 54) die Ansicht auf, der Konkursverwalter könne gegen den Gemeinschuldner auch dann die Anfechtungsklage anstellen, wenn dieser nach der Konkurseröffnung neues zur Konkursmasse nicht gehöriges Vermögen erworben habe. Es ist jedoch nicht erfindlich, wie diese Behauptung mit den Vorschriften der K.-O. in Einklang gebracht werden

schon vor der Konkurseröffnung vorgenommen worden ist, kommen sonach die Vorschriften der §§ 22 ff. zur Anwendung. Wurde die benachtheiligende Thätigkeit erst nach der Eröffnung des Verfahrens vollendet, so wird in der Regel § 6 Anwendung finden. Wenn dies nicht der Fall ist, können aber diejenigen Handlungen, die vor der Konkurseröffnung vorgenommen worden sind, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, jedenfalls angefochten werden.

II.

Anfechtungsgründe.

Aus welchen Gründen eine Rechtshandlung mit Rücksicht auf das Konkursverfahren angefochten werden kann, ist in den §§ 23 ff. („nach Massgabe der folgenden Bestimmungen“) gesagt, und es gelten die in diesen §§ enthaltenen Vorschriften im ganzen Reiche. Dagegen sind die landesgesetzlichen Bestimmungen, welche für den Fall des Konkurses die Anfechtung der vom Gemeinschuldner vorgenommenen Handlungen regeln, (nach § 4 E.-G.) aufgehoben und kann eine Anfechtung aus anderen als den in der K.-O. oder einem anderen Reichsgesetze (§ 3 E.-G.) enthaltenen Gründen nur dann erfolgen, wenn die in Frage stehende Bestimmung nicht als eine konkursrechtliche Vorschrift anzusehen ist, sondern dem allgemeinen bürgerlichen Rechte angehört. Ob der eine oder andere Fall vorliegt, wird sich unschwer bestimmen lassen. Nur wenn die betr. Vorschrift voraussetzt, dass eine Konkurseröffnung stattgefunden hat, und gerade für diesen Fall eine besondere Bestimmung enthält, ist sie als eine konkursrechtliche anzusehen, nicht aber dann, wenn die Anfechtung einer bestimmten Handlung unter allen Umständen, ohne dass hiezu ein Konkurs vorausgesetzt wird, gestattet ist.

In der Reichstagskommission wurde die Frage: „ob neben den in §§ 23 aufgezählten Anfechtungsgründen auch die etwaigen noch weiter gehenden Bestimmungen der einzelnen Landesgesetzgebungen in Kraft blieben“ vom Regierungs-Kommissar Hagens verneint und weiter bemerkt: „Alle im Konkurs in Bezug auf Anfechtung von Handlungen auszuübenden Rechte regelt der Entwurf; weder der Verwalter noch ein einzelner Konkursgläubiger können in dieser Hinsicht andere Rechte geltend machen, als diejenigen, welche der Entwurf gewährt. Wegen Anfechtungen ausserhalb des Konkurses dagegen verbleibt es bei dem bürgerlichen Rechte.“ (K. 20)

III.

Rechtliche Natur der Anfechtung. Wirkungen derselben.

1.

Während die nach der Konkurseröffnung vom Gemeinschuldner vorgenommenen Rechtshandlungen den Konkursgläubigern gegenüber nichtig sind,

soll. Findet auf solche neue Erwerbungen, weil sie sich nicht auf die Konkursmasse beziehen, § 6 keine Anwendung, so kann es auch nicht gestattet sein, hier von dem Anfechtungsrecht Gebrauch zu machen. V. auch von Wilmowski § 22 Bem. 5 S. 110.

also soweit es sich um diese Gläubiger handelt, von vornherein keine Wirksamkeit haben, sind die vor der Eröffnung des Verfahrens vorgenommenen Rechtshandlungen an sich gültig und auch den Konkursgläubigern gegenüber wirksam. Da der Gesetzgeber die Verfügungsunfähigkeit des Gemeinschuldners erst mit der Konkurseröffnung eintreten lässt (§ 5) und die Fiktion, derselbe sei schon zu einer früheren Zeit (der Zahlungseinstellung etc.) verfügungsunfähig gewesen, verworfen wurde (M.: 96 ff. und 111), können die Rechtshandlungen, welche der Konkurseröffnung vorausgegangen sind, lediglich auf Antrag des Konkursverwalters (§ 29) aufgehoben oder für unwirksam erklärt werden. Insofern steht die Anfechtung dem gemeinen Recht mit seiner Actio Pauliana näher, als den ausländischen Gesetzgebungen, die im Allgemeinen an der Nichtigkeit festhalten. [1]) Wenn eine Anfechtung durch den Verwalter (§ 29) nicht erfolgt oder die betr. Rechtshandlung nicht auf Grund dieser Anfechtung für unwirksam erklärt wird, bleibt dieselbe hienach auch den Konkursgläubigern gegenüber in Kraft. Dringt der Verwalter mit der Anfechtung durch, so verliert die angefochtene Handlung aber den Konkursgläubigern gegenüber ebenso, als ob sie nichtig wäre, ihre Wirksamkeit. Das Urtheil, das die Anfechtung für begründet erklärt, wirkt nicht etwa bloss für die Zukunft, sondern es wird die Unwirksamkeit auf den Zeitpunkt zurückbezogen, in welchem die Handlung vorgenommen wurde. [2]) Mit Rücksicht darauf, dass dieselbe nicht von vornherein ungültig war, werden aber die Rechtsnachfolger desjenigen, dem gegenüber die anfechtbare Handlung vorgenommen wurde, falls sie in gutem Glauben waren, gegen die Wirkungen der Anfechtung geschützt (§ 33) und ebenso hat der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung (nach § 30 Abs. 2) dieselbe nur insoweit zurückzugewähren, als er durch sie bereichert ist. In welcher Weise die Anfechtung zu Gunsten der Konkursmasse wirkt, bestimmt § 30. Dagegen werden durch die §§ 31 und 32 die Ansprüche geregelt, welche den durch die Anfechtungen betroffenen Personen der Masse gegenüber zustehen.

2.

Auch die Anfechtung kann nur die Folge haben, dass die betr. Rechtshandlung „den Konkursgläubigern gegenüber" unwirksam ist. Es gilt desshalb auch hier, was bezüglich der in § 6 vorgesehenen (relativen) Nichtigkeit bemerkt wurde. (Bem. I. 5 zu diesem §.) In dieser Beziehung wurde

[1]) Das französische Fallimentsgesetz erklärt in Art. 446 eine Reihe von Handlungen für „nuls et sans effet relativement à la masse" während in Art. 447 gesagt wird: dass andere Zahlungen, wenn die Zahlungseinstellung dem Dritten bekannt war, „pourront être annulés." Auch unterscheiden die Schriftsteller hienach eine „nullité de plein droit" und eine „nullité subordonnée à la preuve de fraude." (V. Boulay-Paty Bd. I. Nr. 97 S. 180 und Nr. 209 ff. S. 203 ff.) Der Unterschied zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, der hier herauszufühlen ist, und den die Theorie häufig anerkennt, indem sie zwischen „nul" und „annulable" unterscheidet, ist aber in der französischen Gesetzgebung nirgends streng durchgeführt.

[2]) V. von Sarwey § 22 Bem. 3 S. 125; von Völderndorff ebendas. Bem. e. S. 264.

in den Motiven (111 und 112) gesagt: „Die Gläubiger haben das Recht, die Verfügung des Gemeinschuldners in ihrem Erfolg anzufechten. Durch das an sich gültige Rechtsgeschäft ist von dem Gemeinschuldner ein Werthsobjekt, eine Sache oder ein Recht, aus seinem Vermögen aufgegeben worden, entweder ist es thatsächlich schon fortgegeben, oder er hat die Verpflichtung, es zu thun, — er hat dando, solvendo, obligando, liberando u. s. w. veräussert. Die Veräusserung ist den Gläubigern gegenüber wirkungslos, sie steht ihren Ansprüchen nicht entgegen. Das ist der Inhalt des Anfechtungsrechts, und darin liegt der Zweck und die Wirkung desselben: Das vom Gemeinschuldner aufgegebene Objekt als noch zur Konkursmasse gehörig zu betrachten und ihr zurückzuführen. Die Anfechtbarkeit ist noch weniger als eine relative Nichtigkeit. Das Rechtsgeschäft bleibt, selbst wenn dessen Anfechtbarkeit richterlich ausgesprochen wird, als an sich gültig bestehen, und behält seine Wirkung unter den handelnden Theilen nach dem Inhalt des Geschäfts. Ihm werden die Wirkungen nur nach der oben angegebenen Richtung für die Konkursgläubiger entzogen. Hatte z. B. der Gemeinschuldner eine Sache verkauft, so wird zwar trotz des Verkaufs die Sache dem Käufer entwährt, das Kaufgeschäft aber bleibt, allerdings jetzt mit Gewährspflicht, zwischen Verkäufer und Käufer bestehen."[1])

IV.

Art und Weise der Geltendmachung des Anfechtungsrechts.

1.

Für die Geltendmachung der Anfechtung ist keine besondere Form vorgeschrieben, sondern es verbleibt in dieser Beziehung bei den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts bezw. der C.-P.-O. Daraus ergibt sich, dass es zur Geltendmachung der Anfechtung nicht nothwendig einer Klage bedarf, sondern das Anfechtungsrecht auch auf dem Wege der Einrede ausgeübt werden kann. Dies wurde auch in den Motiven (112) ausdrücklich anerkannt, und noch weiter bemerkt: „Es gibt wohl Rechte, welche nur den Schutz der Einrede, nicht auch den der Klage geniessen; dass aber ein Klagerecht auch durch Einrede ausgeübt werden kann, möchte als selbstverständlich erscheinen. Der Weg der Einrede wird für die Anfechtung angemeldeter Konkursforderungen der allein praktische und in den meisten anderen Fällen zur Abwehr unberechtigten Angriffs dem Weg einer besonderen Klagerhebung vorzuziehen sein.“ [2])

2.

Falls der Konkursverwalter in der Lage ist, die Anfechtung auf dem Wege der Klage geltend zu machen, so hat er unzweifelhaft das Recht, zunächst

[1]) Dass der Vertrag, der eine mit Erfolg angefochtene Veräusserung enthält, für die Kontrahenten wirksam bleibt, hat auch das App. Gericht Celle am 29. Febr. 1872 entschieden. Seuffert, Archiv Bd. 27 Nr. 1 S. 1 ff.

[2]) In der pr. K.-O. (§ 110) war der in den Motiven aufgestellte Satz, der auch im römischen und im französischen Recht gilt, ausdrücklich ausgesprochen.

gemäss § 231 C.-P.-O. auf Feststellung der Unwirksamkeit zu klagen, und wenn er damit durchgedrungen ist, den Anspruch, der sich aus der Unwirksamkeit der in Frage stehenden Rechtshandlung ergibt, geltend zu machen. „Er ist aber auch befugt, ohne vorherige Anfechtungsklage das Anfechtungsrecht sofort durch die Einklagung des entzogenen Gegenstands mit der diesem entsprechenden Klage geltend zu machen und entweder diese durch sein Anfechtungsrecht zu begründen oder dem Einwande, der seiner Klage in Folge jener Rechtshandlung entgegengestellt werden kann, durch Anfechtung derselben zu begegnen. Dies sind gleichfalls Konsequenzen, über welche das Gesetz sich dann auszusprechen haben würde, wenn ihnen Vorschriften der Prozessordnung entgegenständen, oder wenn aus anderen Gründen eine Abweichung von der Regel nöthig erschiene. Die Prozessordnung lässt aber diese Folgerungen zu (vergl. § 231 C.-P.-O.), und Gründe, von ihnen abzuweichen, liegen nicht vor.“ (M.: 112 und 113.)[1] Dass eine Vorschrift, die nöthigt, mit dem Antrag auf Unwirksamerklärung zugleich den Antrag auf dasjenige zu verbinden, „was der Verklagte zu thun oder zu dulden für schuldig erkannt werden soll“, wie solche das preuss. Gesetz über Anfechtung ausserhalb des Konkurses vom 9. Mai 1855 in § 14 enthält, hier nicht angemessen sei, wurde in den Motiven ausführlich dargelegt und bemerkt, aus § 230 Z. 2 C.-P.-O. wie aus den in der Natur der Sache liegenden Erwägungen ergebe sich, „dass, sofern die Anfechtung in ihren Wirkungen verfolgt, also der entäusserte Gegenstand eingeklagt wird, ein bestimmter Klagantrag gestellt werden muss, der dasjenige bezeichnet, was der Verklagte leisten oder dulden soll.“ (M.: 113.)

3.

Bezüglich der Personen, gegen welche das Anfechtungsrecht auszuüben ist, wurde in den Motiven bemerkt: „Die Person, gegen welche das Anfechtungsrecht sich richtet, ist zwar sowohl der Gemeinschuldner, wie derjenige, mit dem jener die anfechtbare Handlung vorgenommen hat, der Vertragsgenosse, der Gläubiger des Gemeinschuldners u. s. w., oder dessen Rechtsnachfolger; aber gegen diesen allein ist das Anfechtungsrecht auszuüben; eine Zuziehung des Gemeinschuldners ist nicht erforderlich, denn nur er, nicht der Gemeinschuldner soll die Folgen des Anfechtungsrechts gewähren, die Sache herausgeben, die Zahlung leisten, die Verpflichtung aufheben u. s. w. — und eine Zuziehung würde bedeutungslos sein, denn der Gemeinschuldner hat jetzt die Verfügungsfähigkeit verloren.“

1) Von Sarwey meint allerdings (§ 22 Bem. 4 S. 128), die Bemerkung in den Motiven bedürfe einer Einschränkung, und macht geltend, wenn die Einklagung des entzogenen Gegenstandes in der Klage auf einen anderen Rechtsgrund als die Unwirksamkeit der in Frage stehenden Handlung gestützt werde, sei prozessualisch die Replik der Anfechtung gegen die einredenweise Berufung auf diese Handlung, wenn auch nicht ausnamslos, als (nach § 240 C.-Pr.-O.) unzulässige Klageänderung anzusehen. Wenn der Verwalter den von dem Beklagten geltend gemachten Anspruch bezw. eine Einrede desselben durch Geltendmachung der Unwirksamkeit bekämpft, so ändert er damit aber keineswegs den Grund der Klage.

(M.: 113 und 114.)[1] Auch ist diese Auffassung als begründet anzusehen und hat der Gemeinschuldner, der die Verfügung über sein Vermögen verloren hat, keinen Anspruch darauf, in den Prozess beigezogen zu werden.

§ 23.

Anfechtbar sind:

1. die nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner eingegangenen Rechtsgeschäfte, durch deren Eingehung die Konkursgläubiger benachtheiligt werden, wenn dem anderen Theile zu der Zeit, als er das Geschäft einging, die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war, sowie die nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage erfolgten Rechtshandlungen, welche einem Konkursgläubiger Sicherung oder Befriedigung gewähren, wenn dem Gläubiger zu der Zeit, als die Handlung erfolgte, die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war;
2. die nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens oder in den letzten zehn Tagen vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage erfolgten Rechtshandlungen, welche einem Konkursgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewähren, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen

[1]) Das pr. Obertribunal, das unter der früheren Gesetzgebung erkannt hatte, dass die Anfechtungsklage nicht gegen den Erwerber der Sache allein angestellt werden könne, sondern der Schuldner zum Prozesse beigezogen werden müsse (Meischeider, die pr. Gesetzgebung über das Anfechtungsrecht der Gläubiger § 51 S. 102), hat unter der Herrschaft der pr. K.-O. mehrfach entschieden, dass es zulässig sei, die Anfechtung lediglich gegen den Erwerber zu richten. (Vergl. Erk. vom 27. Okt. 1854, Striethorst Bd. 15 Nr. 39 S. 196 und Erk. vom 18. Sept. 1862 ebendas. Bd. 46 Nr. 37 S. 204.) Ebenso hat bezüglich des französ. Rechts der Kassationshof für die preussischen Rheinprovinzen am 19. April 1841 entschieden. (Rhein. Archiv Bd. 31 Abth. II. A. S. 33). V. auch Zachariä-Anschütz § 313 Bd. II. S. 265 Anm. 13.

hatte, sofern er nicht beweist, dass ihm zur Zeit der Handlung weder die Zahlungseinstellung und der Eröffnungsantrag, noch eine Absicht des Gemeinschuldners, ihn vor den übrigen Gläubigern zu bebegünstigen, bekannt war.

(E.: § 23. M.: 117 ff. K.: 20 ff., pr. K.-O. §§ 100 u. 101.)

I.

Allgemeine Bemerkungen.

1.

Sowohl in Nr. 1 als in Nr. 2 des § wird im Unterschied von den §§ 24 und 25 an die Ereignisse angeknüpft, in denen sich der Eintritt des Konkursanspruchs (V. Bem. I. 1 zu § 2) kundgibt, nämlich an die Zahlungseinstellung und an den Eröffnungsantrag. Nach Nr. 1 können gewisse Rechtsgeschäfte oder Rechtshandlungen angefochten werden, wenn sie zwar vor der Konkurseröffnung, aber nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag eingegangen wurden, bezw. erfolgten, und es wird die Anfechtung mit Rücksicht auf die Benachtheiligung der Gläubiger gestattet. In allen Fällen, in denen die Anfechtung auf Grund der Nr. 1 erfolgt, muss demjenigen, der ein Rechtsgeschäft mit dem Gemeinschuldner einging bezw. dem Konkursgläubiger, dem in der kritischen Zeit noch Befriedigung oder Sicherstellung gewährt wurde, nachgewiesen werden, dass ihm zu der betr. Zeit die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war. Ausserdem kommt hier die Vorschrift des § 26 in Betracht, nach welcher die Zahlungseinstellung nur dann berücksichtigt wird, wenn sie nicht früher als sechs Monate vor Eröffnung des Konkursverfahrens eingetreten ist. Durch die Vorschrift in Nr. 2 werden solche Rechtshandlungen für anfechtbar erklärt, welche eine Begünstigung eines Konkursgläubigers auf Kosten der übrigen enthalten. Auch hier wird, wie im letzten Satz der Nr. 1 vorausgesetzt, dass einem Konkursgläubiger Befriedigung oder Sicherstellung gewährt wurde. Diese Voraussetzung genügt aber nicht, sondern es ist ferner erforderlich, dass der Gläubiger die gewährte Befriedigung oder Sicherstellung gar nicht oder doch nicht in der Art oder zu der Zeit zu beanspruchen hatte. Liegt dieses Erforderniss vor, so ist die Anfechtung auch dann gestattet, wenn die betr. Handlung in den letzten zehn Tagen vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag erfolgte. Ausserdem kann der betr. Konkursgläubiger nicht verlangen, dass ihm die Kenntniss der Zahlungseinstellung bezw. des Eröffnungsantrags nachgewiesen werde, sondern er muss, um die Anfechtung abzuwenden, nachweisen, dass er weder diese Thatsachen, noch die Begünstigungsabsicht des Gemeinschuldners kannte. Die Vorschrift in Nr. 1 entspricht der des § 100, die in Nr. 2 der des § 101 der preuss. Konkursordnung.

In Beziehung auf die Auslegung des § 23 und dessen Verhältniss zu den §§ 24 und 25 sind noch folgende Aeusserungen, die in der Reichstagskommission

gemacht wurden, von Bedeutung. Vom Abg. Goldschmidt wurde vor Eintritt in die Berathung des dritten Titels der Antrag gestellt, die Reihenfolge der §§ 23, 24, 25 dahin zu ändern, dass § 24 voranstehe, und die §§ 25, 23 folgten, und dieser Antrag in folgender Weise begründet: „Der Entwurf vermittle zwischen dem Principe des neueren französischen Rechts, welches der pr. K.-O. zu Grund liege, und dem Princip des deutschen Rechts dergestalt, dass er einige Schritte vom französischen Principe zum deutschen mache. Er sei im Allgemeinen damit einverstanden, wünsche aber durch vorliegenden Antrag im Gesetze klar zu stellen, dass es sich um drei verschiedene Fälle handle, die nicht ohne Weiteres nach gleichen Grundsätzen behandelt werden dürften. Als Hauptfall wolle er voranstellen den Fall des Betrugs, den Normalfall des gemeinen Rechts (§ 24 Nr. 1) und den diesem gleichstehenden Fall in § 24 Nr. 2. Die zweite Stelle sollten die Fälle einnehmen, wo ohne fraudulöse Absicht eine unentgeltliche Minderung des Vermögens erfolgt sei (§ 25 Nr. 1 und 2). An dritter und letzter Stelle kämen dann erst die Fälle, wo ebenfalls ohne betrügerische Absicht bereits vor dem Konkursausbruch ein Konkursanspruch wissentlich verletzt worden sei. Wähle man diese Reihenfolge, so erhalte § 23 die richtige Stellung zu den §§ 26 und 27, die sich lediglich auf § 23 bezögen." Dieser Antrag wurde aber von der Kommission abgelehnt, nachdem Regierungskommissär Hagens um Beibehaltung der Reihenfolge gebeten und bemerkt hatte: „Man habe scharf ersichtlich machen wollen, dass die Vorschriften in § 23 Nr. 1 und 2 kein Ausfluss der gemeinrechtlichen Anfechtungsklage seien, keine Art Betrugs, sondern einen selbständigen, lediglich aus dem Konkursverhältniss entnommenen, Anfechtungsgrund enthalten sollten. In fast allen neueren Gesetzgebungen finde man noch immer das gemeinrechtliche System als Grundlage und damit müsse gebrochen werden. Den Bestimmungen in § 23 liege der Gedanke zu Grunde, dass — von Einzelnheiten abgesehen — alle nach der Zahlungseinstellung trotz Kenntniss derselben vorgenommenen Rechtshandlungen anfechtbar sein sollten. Dies sei der allgemeinste, weiteste Gesichtspunkt und desshalb sei es geboten, die Vorschriften in § 23 an die Spitze zu stellen." (K.: 19, 20.)

2.

Zu welcher Zeit der Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens (§§ 95 ff.) bei Gericht gestellt wurde, ist leicht festzustellen. Nicht dasselbe gilt aber von der Zahlungseinstellung, welche, da der Zeitpunkt derselben nicht, wie es in der preuss. K.-O. (§ 122) vorgeschrieben war, im Eröffnungsbeschluss in allgemein gültiger Weise festzustellen ist, in jedem Prozesse, in dem es auf die Zeit derselben ankommt, besonders nachgewiesen werden muss. In den Motiven (106 ff.) wurde ausführlich entwickelt, warum es nicht thunlich sei, den Zeitpunkt, in welchem die „Vermögensunzulänglichkeit" oder „Zahlungsunfähigkeit" eingetreten ist, zu Grund zu legen, und sodann bemerkt: „die Zahlungseinstellung vollzieht sich durch eine bestimmte, wahrnehmbare Handlung, wenn sie auch in einzelnen Fällen nicht so unzweideutig zu erkennen ist, wie in anderen, und wenn auch in einzelnen Fällen die Gefahr vorliegt, die Zahlungseinstellung mit Zahlungsstockungen oder wieder beseitigten früheren Zahlungseinstellungen zu verwechseln.

Man möge mit Sorgfalt prüfen. Die Erkenntniss, ob eine Handlung vorgefallen ist, oder nicht, kann von Jedem verlangt werden; die Kenntniss der erfolgten Handlung dem Dritten nachzuweisen, kann nicht zu schwer sein. Stellt Jemand alle seine Zahlungen ein, so ist mit dieser Handlung ein fester Zeitpunkt für Eintritt und Wirkung des Gläubigeranspruchs gegeben.“ (M.: 107–108.) In der Reichstagskommission bemerkte Frankenburger: „dass der Ausdruck „„Zahlungseinstellung““ eigentlich nur für Kaufleute passe, die Vorschrift aber, wenn thunlich doch auch auf Nichtkaufleute angewendet werden müsse.“ Darauf erklärte Regierungsrath Hagens: „Zahlungseinstellung sei nur eine der Arten, auf welche die Zahlungsunfähigkeit zum Ausdruck komme. Zahlungseinstellung beschränke sich aber nicht bloss auf Kaufleute.“ (K.: 22.) Im Allgemeinen ist davon auszugehen, dass die Zahlungseinstellung lediglich als Ausdruck der Zahlungsunfähigkeit in Betracht kommt, und die Verweigerung der Zahlung desshalb nur in solchen Fällen als Zahlungseinstellung zu betrachten ist, wenn angenommen werden muss, dass dieselbe in der Unfähigkeit Zahlung zu leisten, ihren Grund habe. [1]) Wird die Zahlung verweigert, weil die in Frage stehende Forderung bestritten wird, so ist darin an sich keine Zahlungseinstellung zu finden; doch kann, wenn es später zum Konkurs kommt, aus den Umständen gefolgert werden, dass die Bestreitung der Forderung nur zum Schein erfolgte, und die Verweigerung der Zahlung in Wirklichkeit im Zahlungsunvermögen seinen Grund hatte. Dieses Zahlungsunvermögen kann übrigens auch dann vorhanden sein, wenn das vorhandene Vermögen an und für sich zur Bezahlung der vorhandenen Schulden ausreicht, und nur wegen Mangel an flüssigen Mitteln, oder an Kredit die Zahlungen eingestellt werden mussten, und umgekehrt kann Jemand zahlungsfähig sein und seine Zahlungen fortsetzen, obgleich die vorhandenen Schulden das Aktivvermögen übersteigen. Die Zahlungseinstellung, welche sich auf verschiedene Weise, namentlich durch Protestirung von Wechseln, erfolglose Durchführung eines Vollstreckungsverfahrens u. s. w., aber auch unter Umständen, namentlich bei dem Kaufmann, durch einfache Zahlungsverweigerung kundgeben kann, muss eine allgemeine in dem Sinne sein, dass der Akt der Zahlungseinstellung erkennen lässt, es solle nicht eine einzelne bestimmte Zahlung unterbleiben, es könne vielmehr überhaupt keine Zahlung mehr geleistet werden. Der Beweis, dass eine vollständige Zahlungseinstellung erfolgte, kann jedoch auch durch eine einzige Zahlungsverweigerung geliefert, und es kann eine solche auch angenommen werden, obgleich noch vereinzelte Zahlungen geleistet wurden, die vielleicht nur in der Absicht, die vorhandene Insolvenz zu verdecken, ihren Grund hatten. Im einzelnen Falle wird es immer auf die Umstände ankommen, und eine Zahlungseinstellung bei dem Kaufmann, der immer parate Mittel zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten haben soll, leichter anzu-

[1]) In der pr. K.-O. (§ 113 Abs. 2) war ausdrücklich gesagt: „Die Zahlungseinstellung ist vorhanden, wenn der Gemeinschuldner seine Zahlungsunfähigkeit selbst erklärt, oder wegen Zahlungsunfähigkeit sein Geschäft schliesst, oder wenn andere Umstände vorliegen, aus welchen erhellt, dass der Gemeinschuldner in dem Zustande der Zahlungsunfähigkeit sich befindet.“

nehmen sein, als bei dem Landwirth u. s. w. Ebenso werden die besonderen Verhältnisse des Schuldners erkennen lassen, ob eine frühere Zahlungseinstellung in der Zahlungsunfähigkeit, die zur Eröffnung des Konkurses führte, ihren Grund hatte, und nur zeitweise wieder verdeckt worden ist, oder ob die damals vorhandene Zahlungsunfähigkeit wieder beseitigt wurde, und andere Ursachen später neuerdings zur Zahlungseinstellung führten. (V. auch M.: S. 323 ff. und Bem. zu § 94.) [1])

II.

Verletzung des Konkursanspruchs.

(Nr. 1.)

1.

Anfechtung von benachtheiligenden Rechtsgeschäften.

Nach dem ersten Satz der Nr. 1 können alle Rechtsgeschäfte, welche nach der Zahlungseinstellung (Bem. I. 2) oder dem Eröffnungsantrage vom Gemeinschuldner eingegangen wurden, ohne Ausnahme vom Konkursverwalter (§ 29) angefochten werden. Insbesondere werden durch diese Vorschrift auch „Verfügungen über Grundstücke" betroffen, und zwar gilt dies, wie in den Motiven (118) ausdrücklich hervorgehoben und gerechtfertigt wurde, auch für die Gebiete, „in denen das Gesetz den Glauben des Grundbuchs für entscheidend erklärt", wenigstens soweit es sich um die Person handelt, die das Rechtsgeschäft mit dem Gemeinschuldner eingegangen hat. „Der Gemeinschuldner konnte nicht mehr über das Grundstück verfügen, ohne den Konkursanspruch der Gläubiger zu verletzen. Unbedingt stand dieser der an sich nachtheiligen Veräusserung, Auflassung, Belastung, Verpfändung u. s. w. entgegen. Wusste das der Kontrahent oder musste er es wissen, weil er die Thatsachen kannte, mit denen der Konkursanspruch von Rechtswegen eintrat, so wusste er, dass der Abschluss des Geschäfts,

[1]) Im französischen Recht ist die Frage, wann eine Zahlungseinstellung anzunehmen sei, vielfach erörtert, und es liegen insbesondere eine Menge von gerichtlichen Entscheidungen vor, die, wenn sie auch im Einzelnen von einander abweichen, doch im Allgemeinen von den oben dargelegten Anschauungen ausgehen. V. Boulay-Paty Nr. 26 und 29 S. 22 ff.; Rénouard Bd. I. S. 222 ff.; Rép. gen. zum Journal du Palais v° faillites Nr. 83 ff., ebendas. Suppl. Nr. 89 ff. und compl. Nr. 1 ff.; ferner Sirey-Gilbert zu Art. 437 c. de com. Nr. 4 ff. und ebendas. Suppl. Nr. 2 ff. Das Reichsoberhandelsgericht hat bezüglich des rheinischen Rechts öfter ausgesprochen, dass die Zahlungseinstellung ihrem Begriff nach nicht in dem Mangel parater Zahlungsmittel oder im Ueberschuss der Passiven über die Aktiven (Insuffizienz) bestehe, sondern in der offenbar gewordenen Thatsache, dass ein Kaufmann seine Verpflichtungen in der Allgemeinheit zu erfüllen aufhöre. Ebenso hat dasselbe hervorgehoben, dass eine momentane oder vereinzelte Stockung nicht genüge, es aber auch auf die Vielheit der Fälle, in denen die Zahlung verweigert worden sei, nicht ankomme, vielmehr der Richter mit Rücksicht auf die Natur des Geschäfts und die sonstigen Umstände zu beurtheilen habe, ob Symptome vorliegen, dass der Schuldner überhaupt nicht mehr gezahlt habe. (Entscheid. Bd. XIII. Nr. 77 S. 227 ff. und Nr. 140 S. 436 ff.)

welches sein Recht ihm übertrug, die Rechtsverletzung der Konkursgläubiger enthielt, und indem er trotzdem das Geschäft einging, machte er sich zum Theilnehmer an der Rechtsverletzung. Das ist eine Schlechtgläubigkeit, welche ihm den Verletzten gegenüber nicht nützen darf. Dem widerspricht ein noch so umfassender Schutz des guten Glaubens an das Grundbuch durchaus nicht.“ (M.: a. a. O.) Soll die Anfechtung gegen einen anderen Rechtsnachfolger, als den Erben des Kontrahenten ausgeübt werden, so kommt § 33 Abs. 2 zur Anwendung.

2.

Benachtheiligung zur Zeit der Eingehung des Rechtsgeschäftes.

Damit ein nach der Zahlungseinstellung eingegangenes Rechtsgeschäft angefochten werden kann, wird zunächst vorausgesetzt, dass dem anderen Theil zur Zeit, als er das Geschäft einging, die Zahlungseinstellung (Bem. I 2) oder der Eröffnungsantrag bekannt war, und es muss dies vom Konkursverwalter nachgewiesen werden. Es ist aber ausserdem erforderlich, dass die Konkursgläubiger durch die Eingehung des Geschäfts benachtheiligt wurden. Dass es nicht schon genügt, dass das Geschäft in seinen schliesslich sich herausstellenden Wirkungen für den Gemeinschuldner nachtheilig sei, sondern, dass dasselbe „an sich“ die Masse beeinträchtigen müsse, wurde schon in den Motiven (117) hervorgehoben. Um den dort ausgesprochenen Gedanken, „dass es nicht darauf ankomme, ob der schliessliche Erfolg des Geschäfts ein nachtheiliger gewesen sei, sondern dass das Rechtsgeschäft zur Zeit der Vornahme für die Gläubiger nachtheilig gewesen sein müsse“, im Gesetz selbst hervortreten zu lassen, wurde eine Aenderung der Fassung des Entwurfs beschlossen. (K.: 21.) [1])

3.

Anfechtung einer gewährten Sicherung oder Befriedigung.

Dass alle nach der Zahlungseinstellung oder nach dem Eröffnungsantrag vom Gemeinschuldner an einen Konkursgläubiger gemachten Leistungen, wenn dieser von der Zahlungseinstellung etc. Kenntniss hatte, ebenso wie die zum Nachtheil der Gläubiger abgeschlossenen Rechtsgeschäfte angefochten werden können, wurde in den Motiven (119) ausführlich gerechtfertigt. Es wurde dort anerkannt, dass der Schuldner, welcher einem Gläubiger nur dasjenige leiste, wozu er dem Gegenstand und der Zeit nach verpflichtet sei, nicht schon darum eine Rechtsverletzung gegen die übrigen Gläubiger begehe, weil er die Leistung mit Rücksicht auf seine schlechte Vermögenslage und zur Begünstigung des Empfängers vornehme“, und dass noch weniger eine solche Verletzung auf Seite des Gläubigers vorliege, der eine solche Leistung annehme, obgleich er wisse, „dass der

[1]) Im Entwurf lautete die Nr. 1 des §: „Anfechtbar sind: 1) die nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrag auf Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner eingegangenen, die Gläubiger benachtheiligenden Rechtsgeschäfte, sowie die nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage von ihm an einen Konkursgläubiger vorgenommenen Leistungen, wenn der andere Theil das Geschäft einging oder die Leistung in Empfang nahm, obgleich ihm die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war.“

Schuldner in so schlechter Vermögenslage sich befinde, dass nicht alle anderen Gläubiger gleich ihm befriedigt werden könnten, und in Folge seiner Befriedigung die übrigen Gläubiger eine Einbusse erleiden müssten." Dagegen wurde bemerkt: „Anders verhält es sich, wenn schon bei der Leistung und deren Annahme der Anspruch der übrigen Gläubiger auf gleichmässige und gemeinschaftliche Vertheilung des ganzen Vermögens bestand, quum jam par conditio omnium creditorum facta esset" und ausgeführt, dass dieses gleiche Recht aller Konkursgläubiger (der Konkursanspruch) nicht erst durch die zufällig früher oder später eintretende Konkurseröffnung, sondern schon durch die sie bewirkenden Rechtsverhältnisse begründet werde und mit den diese erkennbar machenden Thatsachen der Zahlungseinstellung oder des Eröffnungsantrags in Kraft treten müsse. [1]) Es handelt sich sonach auch hier wie bei Rechtsgeschäften, die durch den ersten Satz betroffen werden, lediglich um eine Anfechtung wegen einer Verletzung des Konkursanspruchs und kann nur ein besonderer Beweis der Benachtheiligung nicht verlangt werden, weil durch eine derartige Leistung die Masse unter allen Umständen zum Nachtheil der übrigen Konkursgläubiger vermindert wird. Im Einzelnen wurde in den Motiven (119 ff.) unter Bezugnahme auf die Vorschrift des § 28 und im Gegensatz zu der Theorie und Praxis, die sich unter der Herrschaft der pr. K.-O. herausgebildet hatte, [2]) noch bemerkt: „dass eine Rechtsverletzung vorliegt, mag die Leistung freiwillig durch den Schuldner, oder auf Drängen des Gläubigers, oder mag sie im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Arrestes erfolgt sein", dagegen ausgeführt, dass es nicht gerechtfertigt sei, auch die trotz Kenntniss der Zahlungseinstellung von einem Schuldner des Kridars an diesen vorgenommene Leistung für anfechtbar zu erklären, vielmehr der Entwurf — unbeschadet der vollen Anfechtbarkeit betrüglicher Kollusionen — in Uebereinstimmung mit der grossen Mehrzahl der Gesetzgebungen davon absehe „auf Leistungen der Schuldner des Gemeinschuldners den allgemeinen Anfechtungsgrund des § 23 anzuwenden." (M.: 121.) In der Reichstagskommission wurde gegen die in den Motiven dargelegte Auffassung keinerlei Widerspruch erhoben. Wohl aber beantragte von Vahl zu Nr. 1 eine Abändernng der Fassung, „um zu konstatiren, dass unter § 23 auch diejenige Sicherung und Befriedigung falle, welche der Schuldner nicht selbst vorgenommen habe, sondern welche durch Vermittelung des Gerichts vollstreckt worden sei" und bemerkt hiezu: „§ 28 reiche in dieser Beziehung nicht aus. Bedenklich

[1]) Das pr. Obertribunal hatte wiederholt erkannt, dass Zahlungen, in baarem Geld, sowie die Hingabe einer Sache an Zahlungsstatt und ebenso die Zahlung, welche durch Verkauf einer Sache an den Gläubiger mit Verrechnung des Kaufpreises auf die Schuld bewirkt wird, nur in den besonderen Fällen des § 101 Nr. 2 und 3 angefochten werden könnten, nicht aber als eine Veräusserung anzusehen seien. (Erk. vom 16. Febr. 1858 und 17. April 1869, Striethorst Bd. 28 Nr. 42 S. 190 und Bd. 49 Nr. 37 S. 161 ff.) Diese Entscheidungen wurden aber bekämpft. V. Meischeider § 27 S. 71.

[2]) V. die Erkenntn. des pr. Obertribunals vom 18. März und vom 29. April 1858 (Entscheid. Bd. 38 S. 407 und 427, Striethorst Bd. 28 S. 197), ferner das Erk. vom 22. Juni 1863 (Entscheid. Bd. 51 S. 416, Striethorst Bd. 49, S. 293).

seien nicht blos die Worte „von ihm" und „vorgenommen"." Auch wurde dieser Antrag und damit die heutige Fassung des § angenommen, nachdem Regierungsrath Hagens bemerkt hatte: „Der Antrag stimme mit der Tendenz des Entwurfs überein und sei in den Motiven der abweichenden preussischen Judikatur gegenüber gerechtfertigt worden. Mit Rücksicht auf die bisherige Anschauung in Preussen empfehle es sich vielleicht, die Worte „von ihm" zu streichen." (K.: 21.)

III.

Begünstigungen von Konkursgläubigern.

(Nr. 2.)

1.

Objective Begünstigung.

Zur Begründung der in Nr. 2 enthaltenen Vorschrift, deren Tendenz bereits oben (Bem. I. 1) dargelegt worden ist, wurde in den Motiven (122) bemerkt: „Wenngleich die blosse Absicht des Gemeinschuldners, den einen Gläubiger vor dem anderen zu begünstigen, und das Wissen des Begünstigten um diese Absicht vor der Zahlungseinstellung oder dem Antrag auf Konkurseröffnung nicht hinreicht und nachher nicht erforderlich ist, um eine Anfechtung der geschuldeten Leistung zu begründen, so steht es doch anders mit den objektiven Begünstigungen, durch welche dem einen Gläubiger, sei es durch Sicherstellung, sei es durch die Art oder die Zeit der Befriedigung ein Vortheil zugeführt ist, auf den er keinen rechtlichen Anspruch gehabt hatte. Die tägliche Erfahrung lehrt, dass es gerade diese Handlungen sind, welche den Gegenstand der heftigsten Klagen bilden, und dass sie zumeist in Formen gekleidet werden, welche es schwierig machen, mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln auszukommen. Durch verschärfte Vorschriften einen erhöhten Schutz gegen sie zu gewähren, ist nothwendig. Es darf dem Schuldner nicht gelingen, am Vorabend seines Bankerotts willkürlich und ohne rechtliche Nothwendigkeit zu Gunsten eines seiner Gläubiger zu disponiren und den übrigen nur die leere Schaale zu lassen."

2.

Nicht zu beanspruchende Begünstigung.

Damit Nr. 2 zur Anwendung kommen kann, wird vorausgesetzt, dass dem Konkursgläubiger, gegen den die Anfechtung gerichtet ist, eine Sicherung oder Befriedigung gewährt wurde, „die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte". Die einzelnen Fälle, zu spezialisiren, oder auch nur Beispiele aufzustellen, wurde, „weil solche, wenn sie nicht selbstverständlich und überflüssig sind, leicht schädlich wirken", absichtlich unterlassen und in den Motiven (127) nur im Allgemeinen bemerkt: „Unter das Gesetz sollen alle Arten einer Sicherstellung fallen, sofern der Konkursgläubiger diese nicht schon rechtlich zu beanspruchen hatte, und alle Rechtshandlungen, welche die Befriedigung eines Konkursgläubigers bewirken, ohne dass derselbe auf die geschehene Art oder auf die Zeit der Befriedigung einen rechtlichen Anspruch gehabt hatte."

Ob diese Erfordernisse vorliegen, bleibt hienach der richterlichen Beurtheilung des einzelnen Falles überlassen. (M.: a. a. O.)

Soweit es sich um Anfechtung der Befriedigung eines Konkursgläubigers handelt, gehören ausser der Anfechtung von „Zahlungen vor der Verfallzeit" und der Zahlung, die in anderer Weise als durch baares Geld oder Handelspapiere erfolgte (der Hingabe an Zahlungsstatt) noch hierher: „Die Anfechtbarkeit einer Erfüllung, während noch eine Suspensivbedingung schwebte, oder der Erfüllung einer überhaupt nicht klagbaren Forderung, die Anfechtbarkeit einer zwischen dem Gläubiger und dem Gemeinschuldner getroffenen Vereinbarung über Abkürzung der Verfallzeit oder eines anderen, zur Befriedigung des Gläubigers dienenden Rechtsgeschäfts, namentlich der Herbeiführung der Kompensabilität einer Konkursforderung durch Abschluss eines den Gläubiger verpflichtenden Rechtsgeschäfts." (M.: 127, 128.) In allen diesen Fällen wird aber natürlich vorausgesetzt, dass der betr. Gläubiger nur Konkursgläubiger war, und nicht etwa einen Anspruch auf „abgesonderte Befriedigung" hatte, durch dessen Erfüllung die Ansprüche der Konkursgläubiger nicht verletzt wurden. In der Reichstagskommission stellte Websky den „redaktionellen" Antrag, statt „Konkursgläubiger" das Wort „Gläubiger" zu setzen, „weil zur betr. Zeit der Konkurs noch gar nicht eröffnet sei." Dieser Antrag wurde aber abgelehnt, nachdem Regierungsrath Hagens bemerkt hatte: „Das vom Antragsteller Gesagte sei zwar an sich richtig, immer aber werde doch vorausgesetzt, dass die Konkurseröffnung erfolge. Nehme man die Aenderung vor, so könnten beide Absätze irriger Weise auch auf einen absonderungsberechtigten Gläubiger bezogen werden." Dass die Einräumung eines Absonderungsrechts an einen Konkursgläubiger, die demselben eine Sicherung verschafft hat, auf die ihm kein Anspruch zusteht, unter die Vorschrift des § fällt, wird hiedurch nicht ausgeschlossen.

Was die Gewährung einer Sicherung anbelangt, so können solche Rechtshandlungen, durch welche die Masse gar nicht berührt wird, wie die Bürgschaftsleistung eines Dritten u. s. w., selbstverständlich nicht angefochten werden. Im Uebrigen kommt es aber auf die Beschaffenheit der Sicherung nicht an, und gestattet § 23, wie in den Motiven (128) hervorgehoben wurde, namentlich auch die Anfechtung „eines Retentionsrechts, sowie des nach Art. 313 bis 315 H.-G.-B. begründeten Zurückbehaltungsrechts." Damit die Vorschrift der Nr. 2 zur Anwendung kommen kann, ist, wie schon aus dem Wortlaut des Gesetzes hervorgeht, regelmässig erforderlich, dass der Konkursgläubiger, dem innerhalb der kritischen Zeit eine Sicherung gewährt wurde, nicht vor Eintritt des entscheidenden Zeitpunkts schon einen Anspruch auf Einräumung der Sicherheit erworben hatte. Auch wurde in dieser Beziehung in den Motiven ausdrücklich bemerkt: „Die Anfechtbarkeit eines durch Urtheil oder Zwangsvollstreckung begründeten Hypotheken- oder Pfandrechts wird sich danach richten, ob das Urtheil erst nach Beginn der zehn Tage ergangen war, und nicht schon vorher dem Gläubiger ein klagbarer Anspruch auf die Sicherstellung zustand. Hatte der Gläubiger schon vor Beginn des kritischen Zeitraums eine richterliche oder vertragsmässige Hypothek gültig erworben oder einen Rechtsanspruch auf deren Erwerb erlangt, so ist die demnächst erfolgende Eintragung der Hypothek

nicht nach der Nr. 2 des § 23 anfechtbar. Der Entwurf kann sich den im entgegengesetzten Sinne bestehenden Vorschriften (Art. 2146 Code civil, § 722 der bad. Pr.-O., Art. 448 des französ. Fallimentsgesetzes) nicht anschliessen. Liegt eine Täuschung auf Seiten des Schuldners und des Hypothekengläubigers vor, so kann diese auf Grund des § 24 Nr. 1 angefochten werden, gleichwie die Eintragung nach Nr. 1 des § 23 anfechtbar ist, wenn der Gläubiger die schon erfolgte Zahlungseinstellung etc. gekannt hatte. Steht die Redlichkeit des Gläubigers nicht in Zweifel, so muss eine rechtmässig bestellte oder erworbene Hypothek bis zur Konkurseröffnung auch eingetragen werden können, gerade damit sie gegen Dritte Kraft erlange, denn dies ist die Erfüllung des bestehenden Anspruchs." (M.: 128, 129.) Ausser dem Umstand, dass dem Gläubiger auf die Gewährung der Sicherheit kein Rechtsanspruch zustand, wird noch vorausgesetzt, dass die Sicherheit für eine zur Zeit der Sicherheitsbestellung bereits bestehende Forderung gewährt wurde. Es kann also Nr. 2 des § nicht zur Anwendung kommen, wenn die Entstehung der Forderung der Sicherheitsbestellung nicht vorausgegangen, sondern gleichzeitig mit ihr erfolgt ist. Auch dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Gesetzes, da dasselbe verlangt, dass die Sicherstellung „einem Konkursgläubiger" gewährt wurde. Es wird aber auch durch die Motive ausser allen Zweifel gestellt, dass diese Worte die ihnen beigelegte Tragweite haben sollen. Hier wurde nämlich (129) die erwähnte Beschränkung ausführlich gerechtfertigt und sodann (130) bemerkt: „Der Entwurf spricht daher nur von der Sicherstellung eines „Konkursgläubigers", setzt also voraus, dass schon vor ihr die Forderung existirte. Wann aber die Forderung zur Existenz gelangt ist, erscheint unerheblich; auch dann und gerade dann, wenn sie erst nach Beginn des kritischen Zeitraums entstanden ist, muss die leichtere Anfechtbarkeit nach § 23 Nr. 2 eintreten. Ausgeschlossen ist diese jedoch, gleichwie beim pignus judiciale, wenn der Konkursgläubiger schon vor den zehn Tagen, sei es bei, sei es nach Entstehung seiner Forderung einen klagbaren Anspruch auf die Sicherung erworben hatte. [1]) Der Entwurf folgt insoweit also vollständig dem § 101 Nr. 1 der preuss. Konkursordnung." [2])

[1]) Das pr. Obertribunal entschied. am 10. April 1862 (Striethorst Bd. 45 Nr. 38 S. 185), die Anfechtung nach § 101 Nr. 1 der pr. K.-O. sei auch dann ausgeschlossen, wenn das Ausbedingen der Pfandbestellung mündlich, wenngleich nicht in klagbarer Weise, erfolgt sei, und dieser Ansicht folgte auch das R.-O.-H.-G. in seinen Erk. vom 13. Febr. und 22. Okt. 1872 (Entsch. Bd. V. Nr. 26 S. 110 und Bd. VII. Nr. 87 S. 333). Nach § 23 kann aber ein solches mündliches Versprechen nur dann in Betracht kommen, wenn es nach den Vorschriften des bürg. Rechts einen „Anspruch" auf die in Frage stehende Sicherstellung gewährte. (V. auch M. S. 130 Anm. 2.)

[2]) Nach diesem § 101 sind die Rechtshandlungen des Gemeinschuldner anfechtbar, wenn sie zum Gegenstand haben:

„1. Die Bestellung von Pfand oder Hypothek zur Sicherung von Verbindlichkeiten, die bereits vor der Einräumung des dinglichen Rechts entstanden sind, sofern die Pfandbestellung nicht sogleich bei Entstehung der Verbindlichkeit oder doch vor den oben erwähnten zehn Tagen ausbedungen worden ist."

3.

Sonstige Voraussetzungen der Anfechtung.

Ist die Anfechtung nach Nr. 2 des § insofern erschwert, als eine Leistung vorausgesetzt wird, auf welche der betr. Konkursgläubiger wenigstens in der Art, in welcher sie erfolgte, keinen Rechtsanspruch hatte, so ist dagegen, wenn dieses Erforderniss vorliegt, die Anfechtung im Uebrigen an weniger strenge Voraussetzungen gebunden, als nach Nr. 1. Vor Allem ist es nicht nothwendig, dass die in Frage stehende Rechtshandlung nach der Zahlungseinstellung (Bem. I. 2) oder dem Eröffnungsantrag erfolgte, sondern es genügt, dass sie in den letzten zehn Tagen vor dem einen oder anderen Ereigniss vorgenommen wurde. Sodann wird, auch wenn die Befriedigung bezw. Sicherung erst nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag erfolgte, zur Begründung der Anfechtung nicht vorausgesetzt, dass der betr. Konkursgläubiger von diesen Ereignissen Kenntniss hatte, sondern es genügt, wenn er die Absicht des Gemeinschuldners, ihn zu begünstigen, kannte, und endlich braucht ihm weder die Kenntniss der Zahlungseinstellung, noch die der Begünstigungsabsicht nachgewiesen zu werden, sondern es wird diese Kenntniss bis zum Beweis des Gegentheils vermuthet. Ein dolus auf Seite des Schuldners wird zwar auch hier verlangt; es wird aber ein solcher angenommen, wenn der Schuldner die Absicht der Begünstigung kannte, und aus den besonderen Umständen, unter welchen die Zahlung erfolgte, die Vermuthung abgeleitet, dass der Schuldner die stattgehabte Zahlungseinstellung oder den Antrag auf Konkurseröffnung oder doch die Absicht der Begünstigung gekannt habe. (M.: 125, 126.)

§ 24.

Anfechtbar sind:

1. Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner in der dem anderen Theile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen, vorgenommen hat;
2. die in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens geschlossenen, entgeltlichen Verträge des Gemeinschuldners

 mit seinem Ehegatten, vor oder während der Ehe,

 mit seinen oder seines Ehegatten Verwandten in auf- und absteigender Linie, mit seinen oder seines Ehegatten voll- und halbbürtigen Geschwistern, oder mit dem Ehegatten einer dieser Personen,

 sofern durch den Abschluss des Vertrages die

Gläubiger des Gemeinschuldners benachtheiligt werden und der andere Theil nicht beweist, dass ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses eine Absicht des Gemeinschuldners, die Gläubiger zu benachtheiligen, nicht bekannt war.

(E.: § 24. M.: 130 ff. K.: 22 ff., pr. K.-O. § 103 Nr. 1 und 2 und § 102 Nr. 3.)

I.
Betrügliche Rechtshandlungen des Gemeinschuldners im Allgemeinen.
(Nr. 1.)

1.
Allgemeine Bemerkungen.

Während die Anfechtung auf Grund des § 23 die Eröffnung des Konkursverfahrens zur nothwendigen Voraussetzung hat, handelt § 24 von einem Anfechtungsgrunde, der auch ausserhalb des Konkurses Platz greifen kann, nämlich vom Betrug, und es werden in Nr. 1 die betrüglichen Rechtshandlungen des Gemeinschuldners im Allgemeinen für anfechtbar erklärt, ohne dass es hiebei auf die Zeit ankommt, zu welcher dieselben angenommen wurden. „Alle, gleichviel zu welcher Zeit, vorgenommenen betrüglichen Handlungen sind anfechtbar.“ (M.: 131.) In der preuss. K.-O. (§ 103 Nr. 1) und der bayer. Pr.-O. (§ 1228 Nr. 2) war der gegen die Gläubiger gerichteten Arglist die Absicht zur Seite gestellt, „die Handlung nur zum Scheine vorzunehmen.“ Die Aufnahme einer derartigen Bestimmung in die K.-O. wurde aber absichtlich unterlassen, weil in solchen Fällen eine an sich wirksame Rechtshandlung, der erst durch Anfechtung die Wirksamkeit entzogen werden müsse, überhaupt nicht vorliege. „Eine Simulation macht die Handlung nach allen bürgerlichen Rechten schon an sich ungültig; es bedarf nicht der Anfechtung der Gläubiger; sie würde streng genommen ohne Gegenstand sein.“ (M.: 131.)

2.
Rechtshandlungen des Gemeinschuldners.

Im Entwurf waren nur die „Rechtsgeschäfte“ des Gemeinschuldners für anfechtbar erklärt. Darunter sollten jedoch nach der in den Motiven (131) gegebenen Erläuterung alle Handlungen ohne Ausnahme verstanden werden, „die eine arglistige Verkürzung der Gläubiger zu enthalten vermögen, welchen Namen sie auch haben mögen.“ Um dieser Auffassung im Gesetz Ausdruck zu geben, wurde desshalb in der Reichstagskommission das Wort „Rechtsgeschäfte“ durch den Ausdruck „Rechtshandlungen“ ersetzt. Dass auch Zahlungen und Leistungen des Gemeinschuldners als betrügerische Rechtshandlungen aufgefasst werden können, wurde in den Motiven (a. a. O.) ausdrücklich hervorgehoben, jedoch bemerkt: „Bei geschuldeten Leistungen wird allerdings der Regel nach der Satz gelten: nullam videri fraudem facere, qui suum recipit; sie können aber von

einer ausdrücklichen oder stillschweigenden fraudulösen Uebereinkunft begleitet und desshalb anfechtbar sein."

Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes wird hier immer eine Rechtshandlung des Gemeinschuldners vorausgesetzt, und es muss diese auch, wie bereits bei § 22 hervorgehoben wurde, eine positive Handlung sein. (Vergl. Bem. I. 3 zu § 22.) „Dass es keinen Unterschied macht, ob die betrügliche Handlung im gewöhnlichen Verkehr oder innerhalb eines Rechtsstreits erfolgt ist", wurde ebenfalls in den Motiven hervorgehoben und weiter bemerkt: „Anscheinend etwas Anderes und Weiteres sagt die preuss. K.-O. (§ 103 Nr. 2) durch die Fassung: „„der Anfechtung unterliegen die gegen den Gemeinschuldner ergangenen Entscheidungen und Mandate, sowie die auf Grund solcher Titel vorgenommenen Rechtshandlungen, wenn dabei Umstände zu Grunde liegen, bei welchen eine gleiche Absicht (Nr. 1) erhellt."" Aehnlich die bayer. Prozessordnung § 1225 Nr. 3. Allein es war nicht gemeint und jedenfalls würde es weder statthaft noch zweckmässig sein, dass die rechtskräftige Entscheidung den Gegenstand einer Anfechtung bilden, und die Anfechtung als eine den §§ 43 ff. C.-P.-O. hinzutretende Art einer Restitutionsklage die Wiederaufnahme des Rechtsstreits verfolgen sollte.[1]) Der Gegenstand der Anfechtung können nur die Rechtshandlungen der Parteien sein, auf Grund deren das Urtheil etc. ergangen ist. Dass aber das Urtheil die Anfechtung der Handlung nicht ausschliesse oder erschwere, dafür trifft § 104 pr. K.-O. wie § 28 des Entwurfs gleichmässig Vorsorge." Als in der Reichstagskommission von Frankenburger auf die Vorschrift der bayer. Pr.-O. Bezug genommen wurde, bemerkte Regierungskommissar Hagens (K.: 23) nochmals: „Einen Zusatz, wie ihn die bayer. Pr.-O. und auch die preuss. K.-O. enthalte, habe man absichtlich weggelassen. Entscheidungen würden durch Rechtsmittel angefochten, unterlägen aber niemals der Anfechtung. Immer sei es die der Entscheidung vorausgegangene Rechtshandlung, welche angefochten werde, und diese Handlung bleibe anfechtbar, gleichviel ob nochmals ein Schuldtitel erlangt worden. Durch § 28 werde alles in dieser Hinsicht Erforderliche gedeckt." (Vergl. Bem. zu diesem §.)

3.

Absicht der Benachtheiligung der Gläubiger und Kenntniss derselben.

Die Anfechtung auf Grund des Nr. 1 des § setzt nach allgemeinen Grundsätzen eine Verletzung der Gläubiger voraus, und es ist insbesondere dann die Anfechtung ausgeschlossen, wenn nicht eine Verminderung der Masse oder eine Begünstigung eines einzelnen Gläubigers auf Kosten der übrigen, sondern nur ein Verzicht auf einen neuen Erwerb, also auf eine Vergrösserung des vorhandenen Vermögens in Frage steht. (Vergl. Bem. I. 4 zu § 22.) Die Benachtheiligung der Gläubiger braucht aber hier nicht schon (wie im Fall des § 23 Nr. 1) in der Eingehung des Geschäfts zu liegen, sondern es genügt, dass sich

[1]) In der in den Motiven dargelegten Weise wurde § 103 der pr. K.-O. auch von Wentzel und Klose ausgelegt. V. deren Bem. II.—V. zu diesem § S. 222 u. 223.

dieses nachträglich als eine Benachtheiligung herausstellt, wenn von vornherein die Absicht einer Benachtheiligung der Gläubiger besteht und diese dem andern Theile bekannt ist. In dieser Beziehung wurde in den Motiven (130, 131) bemerkt: „Die Absicht des Gemeinschuldners muss darauf gerichtet gewesen sein, die Gläubiger, sei es einen oder einzelne bestimmte Gläubiger, oder unbestimmt wen es treffe, durch die Handlung zu benachtheiligen; er muss ihnen einen Gegenstand der Befriedigung haben entziehen oder schmälern wollen. Das Bewusstsein schon vorhandener Insuffizienz kann zwar einen Beweis für die Arglist in sich schliessen, wie dies namentlich bei Schenkungen oder bei begünstigenden Befriedigungen der Fall sein wird, — es ist aber mit vollkommen redlicher Absicht verträglich; wie andrerseits bei augenblicklich noch vorhandener Suffizienz ein Spekulant arglistig verfahren und, seine dereinstige Zahlungseinstellung voraussehend oder gar vorbereitend, werthvolle Stücke für sich und seine Familie vor den Angriffen der Gläubiger in's Sichere zu bringen beabsichtigen kann. Und zweitens der andere Theil muss diese Absicht gekannt haben; eine weitere Theilnahme, insbesondere etwa die eigene Absicht, sich zum Nachtheil der Gläubiger zu bereichern, ist hier nicht erforderlich; ein Betrug gegen die Gläubiger kann auch trotz angemessener Bezahlung verübt werden, wenn z. B. durch den Umsatz der Sache in baares Geld dem verkaufenden Schuldner die Gelegenheit zur Verkürzung der Gläubiger geboten werden sollte, — während ein zu wohlfeiler Kauf frei sein kann von jeder Arglist."

Für einzelne Rechtsgeschäfte die Vermuthung der betrügerischen Absicht aufzustellen, wie es in manchen Gesetzgebungen für den Fall der Veräusserung des gesammten Mobiliars oder eines grossen Theils desselben unter Vorbehalt des fortdauernden Gebrauchs geschehen war, wurde absichtlich unterlassen. (M.: 131.) Das Gericht hat hienach auch hier nach freier Ueberzeugung zu entscheiden, ob die Absicht der Benachtheiligung bei dem Gemeinschuldner vorhanden und ob dieselbe dem anderen Theile bekannt war. (§ 259 C.-P.-O.) Es liegt jedoch in der Natur der Sache, dass in Fällen der angeführten Art diese Ueberzeugung ohne Weiteres aus den Umständen geschöpft wird, während in anderen Fällen, z. B. wenn es sich um Zahlung einer Schuld in der vertragsmässig bedungenen Weise handelt, ein strenger Beweis verlangt werden muss. (Vergl. Bem. 2.)

II.

Entgeltliche Verträge des Gemeinschuldners mit seinen nahen Verwandten.

(Nr. 2.)

1.

Auch die Anfechtung auf Grund des § 24 Nr. 2 setzt auf Seite des Gemeinschuldners die Absicht, die Gläubiger zu benachtheiligen, und auf Seite des Verwandten die Kenntniss dieser Absicht voraus. „Der Umstand, dass es ein naher Verwandter gewesen, der mit dem Gemeinschuldner nicht lange vor

der Konkurseröffnung den Vertrag einging, und die Erfahrung, dass solche Verträge sich in der Regel als betrügerisch erwiesen haben", bestimmten jedoch den Gesetzgeber, „die Anfechtung dieser Verträge zu erleichtern und dem Verwandten den Einwand der Redlichkeit zu überlassen." (M.: 132.) Auch hier wird (wie in § 23 Nr. 1) vorausgesetzt, dass der betr. Vertrag schon von vornherein eine Benachtheiligung enthielt und nicht erst durch den Erfolg zu einem nachtheiligen gestempelt wurde. (M.: 132.) Desshalb wurden durch die Reichstagskommission die Worte „durch den Abschluss" zugefügt. Dagegen wurde ein Antrag von Goldschmidt, die Worte: „die Gläubiger benachtheiligenden" zu streichen, abgelehnt. (K.: 22.)

Im letzten Satz des § wurden statt die Worte „seine Gläubiger" durch die Redaktionskommission die Worte „die Gläubiger" gesetzt, was nach von Sarwey (§ 24 Bem. 7 S. 147) geschah, „um dem etwaigen Bedenken zu begegnen, dass im Interesse von Gläubigern, deren Forderungen nach dem Vertragsabschluss entstanden sind, diese Geschäfte nicht angefochten werden könnten." Aus dieser redaktionellen Aenderung, die keineswegs nothwendig war (vergl. § 29), darf aber nicht geschlossen werden, dass das Gesetz an anderen Orten, wo das Wort „seine" stehen blieb, anders auszulegen ist.

Die Frist von einem Jahre, von der Konkurseröffnung rückwärts gerechnet, innerhalb dessen der fragliche Vertrag abgeschlossen worden sein muss, wenn die Kenntniss der betrügerischen Absicht vermuthet werden soll, ist nicht als eine prozessualische Frist zu betrachten; desshalb sind bezüglich der Berechnung derselben die Vorschriften des bürgerlichen Rechts massgebend. (V. § 26 Bem. 3.)

2.

Dass das Gesetz nur von „entgeltlichen Verträgen", nicht von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners spricht, hat darin seinen Grund, dass einseitige Handlungen, bei denen eine Gegenleistung nicht erfolgt, als unentgeltliche Verfügungen ohnediess durch § 25 betroffen werden. Es wird aber keineswegs vorausgesetzt, dass der betr. Vertrag als eine Veräusserungshandlung anzusehen ist, sondern gehören alle Verträge hierher, die nicht als unentgeltliche Verfügungen aufzufassen sind. In dieser Beziehung wurde in den Motiven bemerkt: „Die bisherige Bezeichnung: „„Veräusserungen unter einem lästigen Titel"" oder „„entgeltliche Veräusserungen" hat zu mannichfachen Kontroversen Anlass gegeben, insbesondere, ob Erbtheilungs- oder Pachtverträge, Angaben an Zahlungsstatt und Hypothekenbestellungen zu solchen Veräusserungen zu rechnen seien, ob Veräusserung in dem weiteren Sinne eine alienatio oder nur in dem Sinne einer Eigenthumsbeschränkung zu verstehen sei? Zu einer Beschränkung liegt ein Anlass nicht vor. Den unentgeltlichen Verfügungen stehen die entgeltlichen Verträge gegenüber. Um einen umfassenden Schutz zu gewähren, entscheidet sich der Entwurf für letzteren Ausdruck." (M.: 132, 133.) [1])

[1]) Das preuss. Obertribunal hat erkannt, dass Pachtverträge und Erbtheilungsverträge nicht zu den nach dem Gesetz v. 1835 anzufechtenden Verträgen gehören. (V. Erk. v. 16. Dez. 1854 und vom 6. Sept. 1855, Striethorst Bd. 15 Nr. 63 S. 290

3.

In der Ziehung des Kreises der zu den nahen Verwandten gehörigen Personen folgt die K.-O. der preussischen und bayerischen Gesetzgebung (preuss. K.-O. § 102 Nr. 3, bayer. Pr.-O. § 1223 Nr. 4)." (M.: 132.) Im Einzelnen ist in dieser Beziehung Folgendes zu bemerken:

a. Soweit es sich um einen Vertrag zwischen dem Gemeinschuldner und seinem Ehegatten handelt, genügt es, dass die Ehe zur Zeit der Anfechtung besteht, und ist es nicht erforderlich, dass dieselbe schon zur Zeit des Vertrags abgeschlossen war. Ja es wird nicht einmal nothwendig sein, dass zur Zeit des Vertragsabschlusses bereits die Thatsache der Verlobung bestand, oder nachgewiesen werden kann („vor oder während der Ehe"). Verträge zwischen geschiedenen Ehegatten werden durch § 24 jedenfalls nicht betroffen, wohl aber wird ein Vertrag, den der Gemeinschuldner in der kritischen Zeit mit seinem damaligen Ehegatten („während der Ehe") geschlossen hat, angefochten werden können, wenn auch die Ehe später geschieden wurde. Die Bestimmung, dass die Anfechtung auch dann eintritt, wenn der Vertrag vor Abschluss der Ehe abgeschlossen wurde, gilt übrigens nach der bestimmten Fassung des §, der nicht ausdehnend zu interpretiren ist, nur für die Verträge unter den künftigen Ehegatten, nicht für solche zwischen dem Gemeinschuldner, und dem künftigen Ehegatten eines seiner nahen Verwandten. [1])

b. Da das Gesetz nur von Verwandten, nicht von Blutsverwandten oder ehelichen Verwandten spricht, ist die Anfechtung auch dann gerechtfertigt, wenn es sich um eine Adoptiv-Verwandtschaft oder um einen Vertrag mit einem unehelichen Kind, oder Bruder etc. handelt, sofern nur nach dem bürgerlichen Recht ein Verwandtschaftsverhältniss besteht. [2])

§ 25.

Anfechtbar sind:

1. die in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen, sofern nicht dieselben gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke zum Gegenstande hatten;
2. die in den letzten zwei Jahren vor der Eröffnung

und Bd. 18 Nr. 28 S. 126 ff.) Ebenso entschied dasselbe am 1. Nov. 1859 und 31. Okt. 1861 (Striethorst Bd. 35 Nr. 50 S. 213 ff. und Bd. 43 Nr. 38 S. 165 ff.), dass Pfandbestellungen nicht als Veräusserungen im Sinne des § 102 Nr. 3 pr. K.-O anzusehen seien. (V. auch M. S. 133 Anm. 1).

[1]) V. Erk. des preuss. Obertribunals vom 18. Sept. 1862, Entscheid. Bd. 49 Nr. 48, S. 356 ff. A. M. ist von Völderndorff § 24 Bem. i. S. 298.

[2]) V. von Völderndorff § 24 Bem. g. S. 292; Wernz; Kommentar zur bayer. P.-O. §§ 1222 ff. Bem. 13 S. 878.

des Verfahrens von dem Gemeinschuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen zu Gunsten seines Ehegatten, sowie eine innerhalb dieses Zeitraums von ihm bewirkte Sicherstellung oder Rückgewähr eines Heirathsguts oder des gesetzlich in seine Verwaltung gekommenen Vermögens seiner Ehefrau, sofern er nicht zu der Sicherstellung oder Rückgewähr durch das Gesetz oder durch einen vor diesem Zeitraume geschlossenen Vertrag verpflichtet war.

(E.: § 25. M.: 133 ff. K.: 23 ff., pr. K.-O. §§ 102 Nr. 2 und 103 Nr. 3–5.)

I.

Allgemeiner Grundsatz.

(Nr. 1.)

1.

In Beziehung auf freigebige Verfügungen des Gemeinschuldners geht die K.-O. in § 25 von einem anderen als dem bisher geltenden Grundsatze aus, insofern sie ganz davon absieht, ob ein Betrug oder eine Benachtheiligung der Gläubiger beabsichtigt war. Dieselbe beschränkt sich nicht darauf, diese Absicht und die Kenntniss derselben zu vermuthen, sondern erklärt die innerhalb eines gewissen Zeitraums erfolgten freigebigen Verfügungen ohne Rücksicht auf die Absicht des Gemeinschuldners oder dessen Vermögensverhältnisse zur Zeit der Verfügung für anfechtbar. Dies wurde in den Motiven (134 und 135) in folgender Weise gerechtfertigt: „Von der guten oder schlimmen Absicht des Schuldners darf die Anfechtbarkeit seiner Schenkungen nicht abhängen. Den Gläubigern verschlägt es wenig, ob der Schuldner aus Grossmuth, aus Eitelkeit, um seinen Kredit aufrecht zu erhalten, oder um seine Gläubiger zu betrügen, die Schenkung vorgenommen hat. Er hat sie nicht befriedigt, sie finden keine hinreichenden Befriedigungsmittel; die Schenkung hat ihnen Mittel zu ihrer Befriedigung entzogen. Und wenn den Beschenkten *sein* bester Glaube nicht davor schützen soll, den Gläubigern die Bereicherung herauszugeben, welchen Unterschied soll es machen, ob sein Schenkgeber die Treue gegen seine Gläubiger bewahrt oder verletzt hat? *Wer einen Vortheil ohne rechtlichen Anspruch unentgeltlich verlangt, muss demjenigen weichen, welcher dadurch von seinem Rechtsanspruch etwas einbüssen müsste;* der Satz: „nec videtur injuria affici is, cum lucrum extorqueatur, non damnum infligatur“ findet auf den Beschenkten gleichmässig Anwendung, mag ein Betrug des Schenkgebers nicht von ihm gekannt oder überhaupt nicht begangen worden

sein. [1]) Die Suffizienz oder Insuffizienz (des Gemeinschuldners zur Zeit der freigebigen Verfügung) kann nicht die Anfechtung bedingen, so wenig, wie das Alter der Forderung. Aus der Insolvenz des Schuldners zur Zeit der Schenkung kann wohl die Ueberzeugung von einer Betrugsabsicht gewonnen werden, sofern es sich darum handelt, dem Beschenkten die Kenntniss einer solchen nachzuweisen. Aber nicht die damalige, sondern die jetzige Zahlungsunfähigkeit ist es, welche die Benachtheiligung und daher die Verletzung der Gläubiger begründet, der älteren wie der jüngeren.“

2.

Von diesem Grundsatze ausgehend gestattet § 25 Nr. 1 die Anfechtung aller unentgeltlichen Verfügungen, welche der Gemeinschuldner im letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens (Bem. II. 1) vorgenommen hat. Erfolgte die Verfügung schon vor dieser Zeit, so kann dieselbe wegen Betrugs (§ 24 Nr. 1) immerhin noch angefochten werden. Es ist aber dann dem Beschenkten nachzuweisen, dass er von der betrügerischen Absicht des Gläubigers Kenntniss hatte, und können solche Vorschriften des bürgerlichen Rechts, nach welchen bei Anfechtung von unentgeltlichen Verfügungen dieser Beweis nicht erforderlich ist, nicht neben den Bestimmungen der K.-O. zur Anwendung gebracht werden. „Wird einerseits zum besseren Schutz der Gläubiger die Anfechtbarkeit frei gemacht von der inneren Thatsache der bestimmenden Absicht und dem äusserlich nicht erkennbaren Werth des Vermögens bei der Schenkung, so gewinnt andererseits auch der Beschenkte grösseren Schutz, indem die K.-O. nach Ablauf der einjährigen Frist den redlichen Erwerber im Besitze seines Gutes sichert.“ (M.: 135.)

3.

Mit Ausnahme der gebräuchlichen Gelegenheitsgeschenke, „welche nicht dazu bestimmt sind, den Beschenkten zu bereichern, sondern nur, ihm ein Zeichen der Zuneigung zu geben“, (M.: 135)[2]) unterliegen alle „unentgeltlichen Verfügungen“ des Gemeinschuldners der Anfechtung nach § 25 Nr. 1; es bezieht sich dieser also im Gegensatz zu § 24 Nr. 2 auf alle Verfügungen, bei denen der Gemeinschuldner keinen oder doch keinen vollständigen Entgelt für seine Leistung erhält. Auf die äussere Form kommt es nicht an; es kann eine Schenkung auch in die Form des Kaufvertrags etc. gekleidet oder versteckt werden und umgekehrt auch ein als Schenkung bezeichneter Vertrag z. B. die Uebertragung eines Gutes vom Vater auf den Sohn gegen Uebernahme gewisser Leistungen als entgeltliches Geschäft anzusehen sein. Entscheidend ist, ob thatsächlich die Leistung des Gemeinschuldners ganz oder theilweise ohne Entgelt gewährt wurde, und ob auch

[1]) Die in der K.-O. zur Herrschaft gelangte Auffassung war auch schon im franz. Recht geltend gemacht worden. V. Zachariä-Anschütz § 313 Bd. II. S. 263 Note 9; Aubry und Rau § 313 Bd. III. S. 90 und 91.

[2]) In gleichem Sinne hat das Appellationsgericht in Celle am 22. Febr. 1870 die Gelegenheitsgeschenke definirt. (Seuffert's Archiv Bd. 24 Nr. 42 S. 67.)

dessen Absicht darauf gerichtet war, dem anderen Theile einen Vermögensvortheil zuzuwenden. Ausserdem ist die Annahme einer unentgeltlichen Verfügung im Sinne des § natürlich dann ausgeschlossen, wenn der Gemeinschuldner zur Vornahme der Verfügung rechtlich verbunden war, wenn es sich z. B. um die Ausstattung eines Kindes handelt, und die Eltern hiezu nach der bestehenden Gesetzgebung verpflichtet sind. In den Motiven (135, 136) wurde hierüber bemerkt: „Was als eine Schenkung zu behandeln sei und was nicht, überlässt der Entwurf dem bürgerlichen Recht; dieses ist insbesondere entscheidend für die Behandlung vergeltender oder wechselseitiger Schenkungen, der Schenkungen zu einem Endzweck, zu Ausstattungen u. s. w. Auch in Betreff der sogen. negotia mixta cum donatione greift der Entwurf nicht ein; es genügt, hervorzuheben, dass die Anfechtung Platz greift, sofern und soweit das Entgelt nur ein scheinbares d. h. nur dazu bestimmt ist, die beabsichtigte Schenkung zu verdecken. (V. § 102 Nr. 2 pr. K.-O.) Selbstverständlich umfassen die unentgeltlichen Verfügungen auch Entsagungen und Verzichte. Es verdient dies nur wegen der Entsagungen von Erbschaften und Vermächtnissen hervorgehoben zu werden. Insoweit solche nicht nach Lage des bürgerlichen Rechts überhaupt der Anfechtbarkeit entrückt sind, zieht der Entwurf durch die Vorschrift des § 25 Nr. 1 für ihre Anfechtung die Grenzen."

Nach dem oben aufgestellten Grundsatze werden vergeltende Schenkungen, sowie Schenkungen, die unter lästigen Bedingungen oder unter der Auflage einer bestimmten Gegenleistung erfolgten, sofern bei dem letzteren nicht ein voller Entgelt beabsichtigt war, unter die Vorschrift des § 25 fallen, und ebenso wird es sich bezüglich der gegenseitigen Schenkungen, und bezüglich der Kaufverträge u. s. w., mit denen eine unentgeltliche Verfügung verbunden wurde, verhalten. [1]) Lassen sich die beiden Verfügungen trennen, wurde z. B. ein ernstlicher Kauf abgeschlossen, sodann aber ein Theil des Kaufpreises erlassen, so kann jedoch § 25 nur, soweit es sich um die unentgeltliche Verfügung handelt, Anwendung finden.

4.

Erwerbung von Leibrenten.

In der preuss. K.-O. (§ 102 Nr. 1) und der bayer. Pr.-O. (§§ 1224, 1227) wurden Verträge, durch welche der Gemeinschuldner Gegenstände seines Vermögens auf Leibrenten gegeben hat, ohne Rücksicht auf den guten oder bösen Glauben des Gemeinschuldners und des Rentenverkäufers für anfechtbar erklärt, sofern sie innerhalb der letzten zwei Jahre vor der Konkurseröffnung abgeschlossen

1) V. Hullmann § 25 Bem. 1 S. 147, von Völderndorff ebendas. Bem. c. II. S. 204, Meischeider a. a. O. S. 65 ff. Die pr. K.-O. hatte in § 102 Nr. 2 ausdrücklich solche Verfügungen für anfechtbar erklärt, „welche zwar unter lästigem Titel vorgenommen, aber wegen des zwischen der Leistung des Gemeinschuldners uud der Gegenleistung obwaltenden erheblichen Missverhältnisses als freigebige Verfügungen des Gemeinschuldners zu erachten sind," und dadurch jeden Zweifel darüber beseitigen wollen, dass Schenkungen, die unter einem lästigen Titel versteckt sind, desshalb nicht aufhören, Schenkungen zu sein. (V. Wentzel und Close § 102 Bem. II. S. 220.)

wurden. Bei Aufstellung des Entwurfs wurde von einer derartigen Bestimmung abgesehen, und bezüglich der fraglichen Verträge in den Motiven (136) bemerkt: „Es ist nicht festzustellen, ob sie als freigebige oder als betrügerische Verfügungen aufgefasst werden sollten. An sich sind sie weder das eine noch das andere. Leibrentenverträge sind entgeltliche Verträge; wenn im einzelnen Falle die Leibrente nur als scheinbares Entgelt bedungen sein und eine verdeckte Schenkung vorliegen sollte, so genügt die Vorschrift des § 25 Nr. 1. War andererseits zwar ein entgeltlicher Vertrag, aber durch denselben eine Verkürzung der Gläubiger beabsichtigt, so greift die Anfechtung aus § 24 Nr. 1 durch. Eine Rechtsvermuthung dafür, dass Leibrentenverkäufe gegen die Gläubiger des Käufers einen Betrug enthalten, lässt sich nicht begründen." In der Reichstagskommission wurde von Hullmann ein Antrag gestellt, der mit der Vorschrift der pr. K.-O. übereinstimmte, und den der Antragsteller damit begründete, dass es sich um Verträge handle, die der Gemeinschuldner im eigenen Interesse und in betrügerischer Absicht geschlossen habe, während der Dritte völlig frei von Dolus sei, und dass solche Geschäfte im Interesse einer schnelleren Abwicklung der Konkurse müssten angefochten werden können. Dieser Antrag wurde aber abgelehnt, nachdem Regierungskommissär Hagens bemerkt hatte: „Die preussische Vorschrift sei schon sehr alt, stamme aus einer Zeit, wo Leibrentverträge selten waren und jeder Abschluss eines solchen Vertrags gewissermassen eine Vermuthung für den Dolus des Betreffenden begründete. Inzwischen seien die Verhältnisse wesentlich andere geworden. Der Antrag würde den Geschäftsbetrieb der Rentenbanken erheblich schädigen. Der Entwurf halte es für genügend, wenn die Anfechtung Platz greifen könne, sobald entweder betrügliche Absicht oder eine verdeckte Schenkung vorliege. Eine schleunige Abwicklung des Konkurses könne durch Verkauf des Bezugsrechts bewirkt werden." (K.: 24.)

II.

Freigebigkeiten des Gemeinschuldners an oder für seinen Ehegatten.

(Nr. 2.)

1.

Bezüglich der unentgeltlichen Verfügungen, die der Gemeinschuldner zu Gunsten seines Ehegatten getroffen hat, gelten im Allgemeinen dieselben Grundsätze, wie wenn es sich um fremde Personen handelt. Während die pr. K.-O. (§ 103 Nr. 3) den Ehegatten des Gemeinschuldners, der sich im Besitze einer unentgeltlichen Bereicherung aus dessen Vermögen befindet, für verpflichtet erklärt, diese zur Befriedigung der Gläubiger herauszugeben, zu welcher Zeit auch die Schenkung an ihn erfolgt sein mag, „will die K.-O. nicht soweit gehen; sie will nur, in Uebereinstimmung mit der bayer. Pr.-O. (§ 1223 Nr. 2) die einjährige Frist der Nr. 1 dem Ehegatten des Gemeinschuldners gegenüber auf die letzten zwei Jahre erweitern." (M.: 137.)

2.

In derselben Weise wie die unentgeltlichen Verfügungen, ist die in den letzten zwei Jahren erfolgte Rückgewähr oder Sicherstellung des im § näher

bezeichneten Frauenvermögens für anfechtbar erklärt, falls dieselbe freiwillig d. h. ohne rechtliche Nothwendigkeit erfolgt ist. Dagegen sind derartige Rechtshandlungen — von betrüglicher Kollusion (§ 24 Nr. 1) abgesehen — unanfechtbar, wenn es sich lediglich um Erfüllung einer schon vor Beginn des kritischen Zeitraums begründeten Verbindlichkeit handelt d. h. der Ehemann zur Rückgewähr oder Sicherstellung entweder kraft gesetzlicher Vorschrift oder zufolge eines vor Beginn des zweijährigen Zeitraums rechtsgültig abgeschlossenen Vertrags verpflichtet war. In dieser Beziehung wurde in den Motiven (137) gesagt: „Die ohne rechtliche Nothwendigkeit geschehene Aufgabe von Rechten, auf welche das Gesetz dem Gemeinschuldner einen Anspruch gibt, lässt sich füglich einer Freigebigkeit gleich behandeln. Uebrigens will der Entwurf juristisch diese Sicherstellungen oder Befriedigungen weder für Schenkungen erklären, noch als betrügerisch fingiren. Es ist eine dem Wesen der Ehe entnommene Ausnahmevorschrift, welche unabweislich ist, wenn anders die der Ehefrau im Konkurs des Mannes zugewiesene Stellung (in § 37) aufrecht erhalten werden soll. Der Mann würde sonst immer in der Lage bleiben, die Fonds seiner Frau, mit denen er gearbeitet und sich Kredit verschafft hat, bei eintretendem Vermögensverfall zum Nachtheile seiner Gläubiger lediglich seiner Ehefrau zuzuwenden. Die Härten, welche die Vorschrift zu Anfang für die Ehefrauen mit sich bringen könnte, müssen durch das Einführungsgesetz vermieden werden.“

Dass die Rückgabe des in Frage stehenden Frauenvermögens, wenn dieselbe auf Grund eines richterlichen Urtheils erfolgte, das dem Ehemann die Verwaltung dieses Vermögens entzog oder in den Ländern des französischen Rechts die Gütertrennung aussprach (V. Art. 1443 ff. Code civil), nicht nach § 25 Nr. 2 angefochten werden kann, bedarf hienach kaum der Erwähnung. Nur sofern dieses Urtheil selbst oder die demselben zu Grund liegenden Erklärungen, Anerkennungen etc des Ehemannes mit Erfolg angefochten werden können, also ungeachtet des Urtheils eine freiwillige Rückgabe vorliegt, kann eine solche Anfechtung in Frage kommen.

3.

Die preuss. K.-O. stellte (in § 103 Nr. 4) bezüglich der in der vorigen Nr. erörterten Anfechtung alle Rechtsnachfolger der Ehefrau dieser gleich. Eine derartige Vorschrift wurde in die K.-O. absichtlich nicht aufgenommen, und die Abweichung in den Motiven (137, 138) in folgender Weise begründet: „Das Verhältniss eines Universalsuccessors steht nicht in Frage. Auch soll nach einem Plenarbeschluss des Obertribunals vom 20. Juni 1870 (Just.-Min.-Bl. S. 262) die Bestimmung auf den Fall, dass die freiwillig gesicherte Ehefrau die Forderung weiter cedirt, sich nicht beziehen; die Bestimmung soll nur Anwendung finden auf den Fall, dass die Frau die Illatenforderung cedirt und der Gemeinschuldner demnächst dem Cessionar eine Befriedigung oder Sicherstellung gewährt, zu der er der Ehefrau gegenüber nicht verpflichtet gewesen wäre. Allein mit der gültigen Veräusserung einer Illatenforderung oder eines anderen, den gesetzlichen Rechten des Mannes unterliegenden Vermögensgegenstandes an einen Dritten fallen, selbst wenn man in dessen Händen dem Gegenstande die Natur eines

Eingebrachten noch zusprechen wollte, jedenfalls die für die Ausnahmebestimmung massgebenden, in der rechtlichen Stellung der Ehegatten unter einander beruhenden Gründe hinweg. Der Singularsuccessor der Ehefrau kann keine andere Stellung einnehmen, wie jeder Dritte. Dass dies aber der Ehemann nicht missbrauche, um durch einen Umweg die Ehefrau sicher zu stellen, indem er das Vermögen dem Dritten abtreten und es, nachdem dieser sichergestellt, wieder auf die Ehefrau übertragen lässt, wird durch die Vorschrift des § 33 Nr. 1 und 2 verhindert."

In der Reichstagskommission wurde die Abweichung vom preussischen Recht durch den Abg. Frankenburger, weil sie unpraktisch sei und leicht umgangen werden könne, bekämpft, während Reg.-Kommissär Hagens dieselbe vertheidigte und insbesondere bemerkte: „Habe der Dritte zur Zeit des Erwerbs die Absicht des Ehemannes, seine Gläubiger zu benachtheiligen, gekannt, so sei die Anfechtung nach § 33 Nr. 1 begründet. Habe dagegen die Ehefrau einem gutgläubigen Dritten cedirt, und der Ehemann an diesem die Rückgewähr oder Sicherstellung bewirkt, so würden diese Akte, falls die sonstigen Voraussetzungen gegeben seien, unter § 23 Nr. 1 oder Nr. 2 fallen. Darüber hinauszugehen und den Dritten dem Ehegatten ganz gleich zu stellen, gehe zu weit." Vom Abg. Hullmann wurde sodann hervorgehoben: „§ 25 Nr. 2 betreffe nur die Rückgewähr des Vermögens der Frau, spreche aber nicht bloss von der Rückgewähr an die Frau. Wenn die Frau ihren Anspruch cedirt habe, und dem Dritten das Vermögen zurückgewährt worden sei, so falle das als unzeitige Rückgewähr des Vermögens unter § 25 Nr. 2. Ob die Sicherstellung bezw. Rückgewähr an die Ehefrau direkt oder an einen Cessionar erfolge, sei völlig gleichgültig." Auch wurde die Richtigkeit dieser Auslegung schliesslich anerkannt, und ein als überflüssig bezeichneter Antrag: hinter den Worten „Vermögens seiner Frau" einzuschalten „an diese oder deren Rechtsnachfolger" zurückgezogen (K.: 23.)

4.

Nach der pr. K.-O. (§ 103 Nr. 5) und der bayer. C.-Pr.-O. (§ 1223 Nr. 3) sind alle Quittungen, Anerkenntnisse oder Zugeständnisse, welche der Gemeinschuldner seinem Ehegatten gegenüber, vor oder nach geschlossener Ehe, ausdrücklich oder stillschweigend, insbesondere im Kontumazial-Verfahren abgegeben hat, ausdrücklich für anfechtbar erklärt. Diese Vorschrift wurde jedoch nicht als geeignet zur Aufnahme in die K.-O. angesehen, und zwar wurde in den Motiven (138) gesagt: „Sofern eine verpflichtende Erklärung des Gemeinschuldners beurkundet ist, fällt entweder die Verpflichtung unter die nach § 24 oder § 25 anfechtbaren Rechtsgeschäfte, oder es ist, wenn keiner dieser Anfechtungsgründe durchgreift, nicht erfindlich, aus welchem Grunde das Rechtsgeschäft für ausnahmsweise anfechtbar erklärt werden sollte. Sofern aber nur eine Thatsache beurkundet worden ist, liegt eine Beweisurkunde vor und diese unterliegt der freien Beweiswürdigung des erkennenden Richters." (V. §§ 259, 380 und 381 C.-P.-O.)[1])

[1]) V. das Erk. des O.-A.-G. Rostock vom. 13. Febr. 1868 (Seuffert Archiv Bd. 23 Nr. 97 S 153), in dem bezüglich der Dotalquittungen des Ehemannes der Satz auf-

§ 26.

Rechtshandlungen, welche früher als sechs Monate vor der Eröffnung des Verfahrens erfolgt sind, können aus dem Grunde einer Kenntniss der Zahlungseinstellung nicht angefochten werden.

(E.: § 26. M.: 138 ff. K.: 25. pr. K.-O. § 122 Abs. 4.)

1.

Allgemeine Bemerkungen.

Die pr. K.-O. enthält (in § 122 Abs. 4) die Vorschrift: „In keinem Falle darf der Tag der Zahlungseinstellung auf einen früheren Zeitpunkt als sechs Monate vor der Konkurseröffnung festgesetzt oder angenommen werden". In dieser Fassung konnte die erwähnte Bestimmung nicht in die K.-O. Aufnahme finden, weil nach derselben die Zeit der Zahlungseinstellung nicht, wie es nach der pr. K.-O. (§ 122 Abs. 1) der Fall ist, im Eröffnungsurtheil allgemein und mit bindender Kraft für alle Anfechtungsprozesse festgesetzt wird, sondern die Feststellung in jedem Anfechtungsprozesse besonders erfolgt. Dagegen sollte der Inhalt dieser Bestimmung, wie in den Motiven (138) hervorgehoben wurde, in der K.-O. aufrechterhalten werden. Soweit die Zahlungseinstellung bezw. die Kenntniss derselben die Grundlage der Anfechtung bildet, soll hienach eine Zahlungseinstellung, welche früher als sechs Monate vor der Konkurseröffnung stattgefunden hat, nicht berücksichtigt, oder was dasselbe ist, Rechtshandlungen, welche vor dieser Zeit erfolgt sind, können lediglich mit Rücksicht auf die Zahlungseinstellung nicht mit Erfolg angefochten werden. Zur Begründung dieser Vorschrift wurde in den Motiven (139) gesagt: „Es liegt auf der Hand, dass in solchen Fällen die Zahlungseinstellung nicht gerade zweifellos sein, oder dass wenigstens der darauf folgende lange Zeitablauf bei Dritten die Meinung begründen wird, dass die Zahlungseinstellung inzwischen wieder beseitigt sei. Wenn daher auch die stattgehabte Zahlungseinstellung den Konkursanspruch der Gläubiger schon damals erzeugte, also jeden Dritten, sowie jeden Gläubiger, welcher sich trotz der Kenntniss der Zahlungseinstellung in eine Verfügung mit dem Gemeinschuldner einliess, der Anfechtung aussetzen müsste, so würde doch eine Unsicherheit und eine Lähmung des Verkehrs entstehen, wäre es zulässig, unbeschränkt in die fernste Vergangenheit zurückzugreifen. Das will das Gesetz vermeiden. Falls sonst weder ein betrügerischer noch unentgeltlicher Erwerb vorliegt, — bloss aus dem Grunde, dass schon zur Zeit desselben die Gläubiger ein Recht auf den Konkurs hatten, soll die Anfechtung nur zulässig sein, insofern der Konkurs binnen einer bestimmten Zeit darauf wirklich eröffnet worden ist."

gestellt wird, es handle sich hier um eine thatsächliche Frage, es liege aber immer ein Verdacht vor, und dieser sei um so stärker, je kürzer der Zeitraum zwischen der Ausstellung der Quittung und der Konkurseröffnung sei.

2.
Anfechtung mit Rücksicht auf die Zahlungseinstellung.
(§ 23 Nr. 1 und 2.)

Dass die Vorschrift des § nur dann zur Anwendung kommen kann, wenn es sich um eine Anfechtung auf Grund des § 23 (wegen Verletzung des Konkursanspruchs) handelt, nicht aber wenn eine Rechtshandlung als betrügerisch oder als unentgeltliche Verfügung (nach § 24 oder 25) angefochten wird, ist nach Wortlaut und Geist des Gesetzes klar. [1]) Wohl aber können Zweifel darüber bestehen, ob die Vorschrift bloss im Falle einer Anfechtung nach § 23 Nr. 1 Platz greift, oder ob dies auch der Fall ist, wenn die Anfechtung auf Nr. 2 des § 23 gestützt wird. Im Gesetz ist nämlich nur von Anfechtungen „aus dem Grunde der Kenntniss der Zahlungseinstellung“ die Rede, und zur Anfechtung wegen Begünstigung eines Konkursgläubigers (§ 23 Nr. 2) wird nicht nothwendig vorausgesetzt, dass der betr. Gläubiger von der Zahlungseinstellung Kenntniss hatte, genügt es vielmehr, dass ihm die Absicht des Gemeinschuldners, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, bekannt war. Da der Grund des Gesetzes auch die Anfechtungen nach § 23 Nr. 2 trifft, und die Absicht des Gesetzgebers (v. Bem. 1) unzweifelhaft dahin ging, auch in Fällen dieser Art die Anfechtung auszuschliessen, wenn zwischen der Zahlungseinstellung und der Konkurseröffnung ein Zeitraum von mehr als sechs Monaten liegt, ist es nicht gestattet, hier einen Unterschied zwischen Nr. 1 und 2 des § 23 zu machen. Auch im Fall der Nr. 2 wird vorausgesetzt, dass die angefochtene Rechtshandlung entweder nach dem Eröffnungsantrag oder nach der Zahlungseinstellung (bezw. in den zehn derselben vorausgehenden Tagen) erfolgt ist, und auch in diesem Fall ist die Verletzung des Konkursanspruchs der Grund der Anfechtung. (Bem. I. 1 und III. 1 zu § 23.) Durch § 26 soll aber gerade die Anfechtung wegen Verletzung des Konkursanspruchs dann ausgeschlossen sein, wenn auf die Zahlungseinstellung nicht innerhalb sechs Monaten die Konkurseröffnung folgt, weil dann der Zahlungseinstellung, die auch in § 23 Nr. 2 vorausgesetzt wird, die sonst daran geknüpfte Wirkung versagt werden soll. (Bem. 1.) Es ist also klar, dass lediglich die Fassung des § 26 eine ungenaue ist, und es kann nicht diese massgebend sein, sondern muss der klare Wille des Gesetzgebers entscheiden.

Ein weiterer Zweifel kann sich ergeben, falls eine Anfechtung auf Grund des § 23 Nr. 2 in Frage steht, insofern die Zahlungseinstellung innerhalb der Frist von sechs Monaten erfolgte, die angefochtene Rechtshandlung aber zwar in den zehn Tagen vor der Zahlungseinstellung geschehen, ist, jedoch ausserhalb der Frist von sechs Monaten liegt. Auch in diesem Falle müsste eigentlich nach dem Geist des Gesetzes (d. h. des § 23) die Anfechtung gestattet

[1]) V. von Sarwey § 26 Bem. 1 S. 158; von Völderndorff ebendas. Bem. E. S. 320 und Hullmann ebendas. Bem. 2 S. 150, der in der Sache übereinstimmt, wenn er auch darin abweicht, dass er annimmt, im Falle der Anfechtung nach § 23 Nr. 2 konkurrirten die Anfechtungsgründe: Kenntniss der Zahlungseinstellung und des Betrugs.

und es würde dies auch nach der Fassung der pr. K.-O. der Fall sein. Nach dem bestimmten Wortlaut des § 26, der jede andere Auslegung ausschliesst, kann aber in diesem Falle eine Anfechtung nicht erfolgen. [1])

3.

Berechnung der Frist.

Die Frist von sechs Monaten, welche für die Anwendung des § entscheidend ist, kann, da sie nicht für die Anstellung der Klage gegeben ist, sondern ebenso wie die in den §§ 24 und 25 aufgestellten Fristen auf die materiellen Voraussetzungen der Anfechtbarkeit sich bezieht, nicht als eine prozessualische Frist angesehen werden und ist desshalb nicht nach den Vorschriften der C.-Pr.-O., sondern nach denen des bürgerlichen Rechts zu berechnen. [2]) Sollte § 200 der C.-Pr. für massgebend gehalten werden, so würde übrigens die Vorschrift desselben in der Weise Anwendung finden müssen, dass, wenn zwischen dem Tag, an dem die angefochtene Rechtshandlung vorgenommen wurde und dem Tag der Konkurseröffnung mehr als sechs Monate liegen, die letzten Tage, an welchen die Konkurseröffnung desshalb nicht erfolgen konnte, weil dieselben auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag fielen, nicht mitzurechnen wären. [3]) Dagegen sind die Gerichtsferien hier unter allen Umständen ohne Einfluss auf den Fristenlauf, weil dieselben das Konkursverfahren nicht aufhalten. (§ 204 G.-V.-G.)

§ 27.

Wechselzahlungen des Gemeinschuldners können auf Grund des § 23 Nr. 1 von dem Empfänger nicht zurückgefordert werden, wenn nach Wechselrecht der Empfänger bei Verlust des Wechselanspruchs gegen andere Wechselverpflichtete zur Annahme der Zahlung verbunden war.

Die gezahlte Wechselsumme muss von dem letzten Wechselregressschuldner oder, falls derselbe den Wechsel für Rechnung eines Dritten begeben hatte, von diesem erstattet werden, wenn dem letzten Wechselregressschuldner

[1]) V. bezüglich dieser Fragen von Sarwey § 26 Bem. 2 S. 159; Hullmann ebendas. Bem. 2 S. 150; von Völderndorff ebendas. Bem. d. S. 318 ff.;

[2]) A. M. sind von Völderndorff § 26 Bem. b. S. 316 ff. und von Sarwey ebendaselbst Bem. 2 S. 158 ff.

[3]) A. M. ist von Völderndorff, der (§ 26 Bem. b. S. 317) bemerkt, § 200 Abs. 2 passe nicht zu einer analogen Anwendung auf § 26, weil die Sonn- und Feiertage die Vornahme gerichtlicher Handlungen nicht aber Handlungen des Verkehrslebens im Allgemeinen ausschlössen, aber übersieht, dass die Eröffnung des Verfahrens den Ablauf der in Frage stehenden Frist hindert, und diese durch einen Sonn- und Feiertag verschoben werden kann.

oder dem Dritten zu der Zeit, als er den Wechsel begab oder begeben liess, einer der im § 23 Nr. 1 erwähnten Umstände bekannt war.

(E.: § 27. M.: 139 ff. K.: 25 und 149, pr: K.-O. § 100 Abs. 2 und 3.)

I.

Ausnahmebestimmung für die Rückforderung von Wechselzahlungen.

(Abs. 1.)

1.

Allgemeine Bemerkungen.

An sich gelten für Zahlungen, durch welche der Gemeinschuldner eine Wechselschuld tilgt, dieselben Grundsätze, wie für Zahlungen anderer Art und es muss sich derjenige, der eine solche Zahlung erhalten hat, die Anfechtung gefallen lassen, wenn die nach den §§ 23 ff. erforderlichen Voraussetzungen vorliegen. Da sich der Wechselinhaber aber in einer besonderen Lage befindet, indem die Wechselordnung in gewissen Fällen an die Ablehnung einer angebotenen Zahlung den Verlust des Wechselanspruchs gegen andere Verpflichtete knüpft, würde derselbe, wenn § 23 Z. 1 gegen ihn zur Anwendung kommen könnte, obgleich er nach den Vorschriften der W.-O. zur Annahme der Zahlung verpflichtet war, in allen Fällen Schaden leiden und sowohl bei Annahme als bei Ablehnung der Zahlung den ihm zustehenden Regressanspruch verlieren. Da man eine Abänderung der Wechselordnung, die auch einem ausländischen Vormann gegenüber nichts helfen würde, für unthunlich hielt, wurde desshalb im Anschluss an die Vorschriften des Art. 449 des franz. Fallimentsgesetzes und des § 100 Abs. 2 und 3 der pr. K-O. die Bestimmung getroffen, dass in derartigen Fällen die Anfechtung ausgeschlossen sei. [1]) „Das Anfechtungsrecht

[1]) § 100 Abs. 2 und 3 pr. K.-O lauten wie folgt:

„Die Rückforderung der Zahlung eines von dem Gemeinschuldner ausgestellten indossirten eigenen Wechsels findet nur gegen den ersten Indossanten und die Rückforderung der Zahlung eines auf den Gemeinschuldner gezogenen Wechsels nur gegen denjenigen statt, für dessen Rechnung der Wechsel gezogen wurde, und auch gegen diesen nur dann, wenn der Erstere beim Indossiren, der Letztere bei Ausstellung oder Begebung des Wechsels davon Kenntniss besass, dass bereits der Gemeinschuldner die Zahlungen eingestellt hatte, oder der Gemeinschuldner die Unzulänglichkeit seines Vermögens bei dem Gerichte angezeigt oder ein Gläubiger die Konkurseröffnung beantragt hatte. Bei einem trassirt eigenen Wechsel, welcher von dem ersten Indossator weiter indossirt ist, findet die Rückforderung der Zahlung nur gegen den ersten Indossatar statt, und auch gegen diesen nur dann, wenn derselbe beim Weiterindossiren von den erwähnten Umständen Kenntniss gehabt hat.“

Bezüglich der Fassung dieses §, in welchem die beiden Absätze des § 27 zu einer Vorschrift zusammengefasst sind, wurde in den Motiven bemerkt: „Abgesehen davon, dass in dem Zusatz es heissen müsste: „„bei einem trassirt eigenen Wechsel

verbietet sich da, wo es nicht bloss die angefochtene Handlung, die Wechselzahlung, rückgängig machen, sondern dem Gläubiger auch andere Rechte nehmen würde, zu deren Erhaltung das Gesetz ihn zwang, jene Handlung vorzunehmen. Den Wechselinhaber, der vom nachmaligen Gemeinschuldner Zahlung empfangen, unter diesen Umständen gegen die Anfechtung zu sichern, bezweckt der erste Absatz des §." (M.: 140.)

Dass bloss die Anfechtung auf Grund des § 23 Nr. 1 ausgeschlossen wurde, hat darin seinen Grund, dass in Nr. 2 dieses § eine Zahlung vorausgesetzt wird, welche der Gläubiger in der Weise, in welcher sie erfolgte, nicht zu beanspruchen hatte, zu deren Annahme er also auch nicht verpflichtet sein konnte.

2.
Fälle, in denen Abs. 1 des § Anwendung findet.

Von einer Aufzählung der einzelnen Fälle, „in welchen der Empfänger durch Ablehnung der Zahlung seine sonstigen Wechselansprüche verloren haben würde, die Rückforderung der Zahlung gegen den Empfänger sonach ausgeschlossen sein soll", wurde absichtlich Umgang genommen und in den Motiven (142) bemerkt, dass in dieser Beziehung lediglich das Wechselrecht entscheidend sei. Doch wurden sowohl bezüglich solcher Fälle, auf die Abs. 1 berechnet ist, als hinsichtlich solcher Zahlungen, deren Anfechtung nach der Ansicht der Verfasser der Motive ungeachtet der Vorschrift des § gestattet sein soll, in diesen Bemerkungen gemacht, deren Kenntniss das Verständniss des Gesetzes erleichtert. In der ersten Richtung wurde zunächst bemerkt: „Den Hauptfall bildet die Beschränkung des Wechselregresses gegen Trassanten und Indossanten; zur Ausübung desselben muss rechtzeitig die Präsentation des Wechsels zur Zahlung und die Nichterlangung der Zahlung durch Protest dargethan sein (Art. 41 W.-O.); ein Protest Mangels Zahlung kann nicht erhoben werden, wenn zur Verfallzeit der Wechselschuldner Zahlung anbietet." (M.: 139.) Sodann wurde erwähnt: „Ausser den Hauptfällen, in denen der zahlende Gemeinschuldner der eigentliche Wechselschuldner, der Bezogene der Tratte oder der Aussteller des trockenen Wechsels, ist, kommen auch die Fälle des Art. 43 und des Art. 62 W.-O. in Betracht, der Fall, dass der zahlende Gemeinschuldner Domiziliat, oder dass er Nothadressat, Ehrenacceptant oder Ehrenintervenient ist." (M.: 142 und 143.) In letzterer Richtung enthalten die Motive (143) dagegen folgende Ausführungen: „Es verdient hervorgehoben zu werden, dass die Vorschrift des § nicht Platz greift, falls der Aussteller eines gezogenen Wechsels, oder falls ein Indossant eines gezogenen oder eigenen Wechsels trotz Zahlungseinstellung oder Konkursantrags den Wechsel eingelöst haben sollte. Denn in diesem Falle konnte der Inhaber, ohne seine Regressrechte zu verlieren, die Einlösung ablehnen und

auf eigene Ordre,"" und abgesehen davon, dass die Vorschrift auf die Wechselzahlungen des Ausstellers eigener Wechsel und die eines Trassaten nicht beschränkt werden darf — wird die Vorschrift selbst für diese Fälle durch die Zusammenziehung der zwei verschiedenen Gedanken und durch die Kasuistik nicht nur schwer verständlich, sondern auch unzulänglich und unzutreffend." (M.: 141).

sich an den Hauptschuldner, sowie an die anderen Wechselverpflichteten halten. Es hat freilich den Anschein, als ob Art. 48 W.-O., welcher jedem Wechselschuldner das Recht zur Einlösung des Wechsels verleiht, an die Ablehnung derselben den Verlust des Regresses gegen den Anbietenden knüpfte. (So Koch: Wechselrecht S. 236, Wechselordnung S. 157 ff.) Und in der That ist bei Berathung der Wechselordnung ein Antrag gestellt worden, diese strenge Folge auszusprechen. Man hat aber davon mit Rücksicht auf das Notifikationssystem und insbesondere darauf, dass es an einem hinreichenden Schutz für den trotz der Befreiung einlösenden Nachmann fehlen würde, Abstand genommen. Vergl. Prot. der Wechselkonferenz, (Leipzig, bei Hirschfeld 1848,) S. 178—180, 183, 184. Die Verweigerung der Annahme verpflichtet nur, den aus dem Verzug etwa entstehenden Schaden dem Anbietenden zu ersetzen. (V. Renaud, Wechselr. § 84 Note 16; Wächter: Wechsellehre § 164; Liebe: W.-O. S. 158.) Diese Folge kann nicht eintreten, wenn die Annahme aus dem Grunde abgelehnt wird, weil der Anbietende sich im Zustande der Zahlungsunfähigkeit befinde. Wenn trotzdem der Wechselinhaber Zahlung von ihm annimmt, so muss er sie zur Konkursmasse zurückgeben. Es ist möglich, dass er dann nicht mehr im Stande ist, den Regress auszuüben, weil vielleicht zur Zeit der Anfechtung der Regressanspruch schon verjährt sein mag. Dann hat er aber den Verlust seiner Rechte sich selbst zuzuschreiben. [1]) Aus demselben Grunde kann aber auch die nach der K.-O. zulässige Anfechtung eine sonst, insbesondere einer von dem Hauptwechselschuldner geleisteten Zahlung durch die inzwischen eingetretene Regressverjährung nicht ausgeschlossen werden."

Endlich wurde zur Rechtfertigung der Fassung des § bemerkt: „die Fassung der pr. K.-O. schliesst die Rückforderung gegen den Zahlungsempfänger ohne Grund aus:

1. in dem Fall, dass zu der Zeit, als der Gemeinschuldner zahlte, bereits Protest erhoben war — ein sehr häufiger Fall, der nicht bloss auf einen dritten Wechselinhaber oder Indossanten, sondern sogar auf die im § 100 genannten Personen Anwendung finden kann;

2. in dem Fall, dass dem Zahlungsempfänger, mag Protest erhoben worden sein oder nicht, ein Regress gegen Zwischenmänner nicht zustand, wenn z. B. der Wechsel ohne Obligo ausgestellt, nicht an Ordre oder nur zur Einkassirung girirt war u. s. w.;

In diesen Fällen wären die Zahlungsempfänger, ohne irgend welche Rechte gegen Andere zu verlieren, in der Lage und daher verpflichtet gewesen, die vom Gemeinschuldner angebotene Zahlung zurückzuweisen." (M.: 142.)

[1]) Die in den Motiven enthaltene Ausführung wird von Hullmann (§ 27 Bem. 2 S. 152) und von Sarwey (ebendas. Bem. 3 S. 131 ff.) getheilt. Dagegen ist von Völderndorff (§ 27 Bem. e S. 324 ff.) der Ansicht, dass die Motive zu weit gehen, und man zwischen den Vormännern und Nachmännern des Anbietenden unterscheiden müsse. Im einzelnen Fall wird es immer darauf ankommen, ob die Verweigerung der Annahme der Zahlung den Verlust eines Regressanspruchs zur Folge haben würde.

II.

Rückforderung von dem letzten Wechselregressschuldner, oder dem Dritten, für dessen Rechnung dieser den Wechsel begeben hatte.

(Abs. 2.)

1.

Durch die im Abs. 2 des § enthaltene Vorschrift soll die Konkursmasse gegen einen Missbrauch der Bestimmung des Abs. 1 geschützt und ihr das Recht der Rückforderung der gezahlten Wechselsumme gegen den letzten Wechselregressschuldner oder den Dritten, für dessen Rechnung dieser den Wechsel begeben hat, für den Fall gesichert werden, dass diesen Personen einer der in § 23 Nr. 1 erwähnten Umstände bekannt war. Während die Vormänner des Wechselinhabers, welche noch gegen einen weiteren Vormann Regress nehmen können, („die Zwischenmänner") in gleicher Lage sind wie der Wechselinhaber, an den die Wechselschuld bezahlt wurde, befindet sich der letzte Wechselregressschuldner, der in Ermanglung der Zahlung des Gemeinschuldners für den Wechselbetrag schliesslich hätte aufkommen müssen, wie in den Motiven (140) ausführlich auseinandergesetzt wurde, in einem anderen Verhältniss. „Er ist es, dem nunmehr im Erfolg der Wechselbetrag zu Gut gekommen ist. Er steht nur dem Gemeinschuldner gegenüber. Indem er den Wechsel begab und aus dem Wechsel sich bezahlt machte, erhielt er die auf den Gemeinschuldner gezogene oder von diesem verschriebene Summe; er erhielt sie zwar nicht unmittelbar von dem Gemeinschuldner, aber so, dass sein Zahlungsleister und jeder Nachfolger desselben von dem Gemeinschuldner das Geld mit Sicherheit einziehen konnte. Wusste er, dass dieser bereits die Zahlungen eingestellt hatte, oder dass die Eröffnung des Konkursverfahrens über dessen Vermögen beantragt war, so hätte er den Wechselbetrag nicht unanfechtbar von dem Gemeinschuldner erheben können; er benützte die Eigenthümlichkeit des Wechselverkehrs, um mittelbar durch einen Dritten zu der Zahlung des Gemeinschuldners zu gelangen und im Genuss derselben zu bleiben. Gegen ihn muss daher das Gesetz die Anfechtung gewähren. Er muss die vom Gemeinschuldner seinem Nachfolger unangreifbar gezahlte Wechselsumme zur Konkursmasse erstatten, wogegen er in seine etwaige Wechselforderung oder sonstige Forderung gegen den Gemeinschuldner wieder eintritt. Gewährte das Gesetz diesen Erstattungsanspruch nicht, so könnte ohne Zuthun des Gemeinschuldners jeder Gläubiger die Vorschrift des § 23 Nr. 1 leicht umgehen."

2.

Die Vorschrift des § 27 Abs. 2 soll hienach das Anfechtungsrecht, das gegenüber dem Wechselinhaber, an den die Zahlung erfolgte, nach Abs. 1 nicht ausgeübt werden kann, der Masse erhalten und es hat der Verwalter die Anfechtung nur gegen eine andere Person, nämlich gegen denjenigen zu richten, dem die Zahlung thatsächlich zu Gut kam, und der nicht durch die Gefahr, einen ihm zustehenden Regressanspruch zu verlieren, genöthigt war, die Zahlung anzunehmen, bezw. zu verlangen. Es liegt also die Sache nach dem Gesetz

ebenso, als ob diese Person die Zahlung, die sie sich mittelbar durch Begebung des Wechsels verschaffte, unmittelbar vom Gemeinschuldner erhalten hätte. Nur ist, was die Kenntniss von der Zahlungseinstellung etc. anbelangt, nicht der Zeitpunkt der Zahlung durch den Gemeinschuldner, sondern die Zeit der Begebung massgebend. (Bem. II. 3.) In der Regel ist die Anfechtung gegen den letzten Wechselregressschuldner, als diejenige Person, die sich auf Abs. 1 des § nicht berufen kann, zu richten. Da es aber vorkommen kann, dass dieser den Wechsel für einen Anderen begeben hat und ihm sonach die Zahlung nicht zu Gut gekommen ist, kann die Anfechtung auch gegen den Dritten gerichtet werden, für dessen Rechnung der Wechsel begeben wurde. Wer von den im Gesetz bezeichneten Personen erstattungspflichtig ist, konnte in der K.-O nicht in allgemeiner Weise ausgesprochen, sondern muss im einzelnen Falle entschieden werden. In den Motiven wurde in dieser Beziehung (140 und 141) gesagt: „Dass der zur Erstattung Verpflichtete der aus der Begebung des Wechsels Bereicherte sein muss, wird nach der Begründung der Erstattungspflicht kaum bezweifelt werden können. In der Regel wird der hienach Verpflichtete zugleich der auch wechselmässig letzte Regressschuldner sein. Dies ist aber nicht nothwendig der Fall. Der Trassant kann im Auftrag und für Rechnung des Remittenten oder des ersten Indossanten gezogen haben. Der Name desjenigen, für den der Wechsel in Umlauf gesetzt ist, kann auch völlig auf dem Wechsel fehlen; er kann den Wechsel für sich durch einen Anderen haben ziehen lassen; auch durch Blankogiro kann der persönliche Gläubiger operiren. In allen diesen Fällen ist nicht der wechselmässig letzte Regressschuldner der Bereicherte; ihn trotzdem zur Zahlung an die Konkursmasse anzuhalten und ihn auf den Regress gegen seinen Machtgeber zu verweisen, würde nicht bloss hart sein, es würde auch den Zweck des Gesetzes unerfüllt lassen. Der fraudulöse Gläubiger, der eigentlich Bereicherte, würde leicht Jemanden finden, der in Unkenntniss von der Zahlungseinstellung das Ausstellen und Begeben des Wechsels übernähme. Mit Hülfe des letzten Wechselregressschuldners, der sich zu entlasten hat, wird man die Person des Verpflichteten leicht ermitteln.“ Ausserdem wurde zur Rechtfertigung der Abänderung, welche die in der pr. K.-O. enthaltene Fassung erfuhr, — dort waren die beiden Absätze der K.-O. nach dem Vorbild des französ. Fallimentsgesetzes zu einer Vorschrift zusammengefasst worden — bemerkt „Die pr. K.-O. schlägt nach zwei Richtungen in der Regelung der Erstattungspflicht fehl:

1. sie legt den in § 100 gedachten Personen die Erstattung zu Unrecht auf, wenn die Zahlung von dem dritten Wechselinhaber oder Indossanten, an den der Gemeinschuldner zahlte, zurückgefordert werden kann. Selbst wenn der ursprüngliche Wechselnehmer in mala fide war, fehlt der Rechtsgrund zur Anforderung gegen ihn. Die Anfechtung kann principaliter nur die Zahlung des Gemeinschuldners betreffen; diese ist nicht ihm geleistet; nur in subsidium wenn und weil gegen den Zahlungsempfänger die Anfechtung ausgeschlossen ist, kann jener an Stelle von diesem zur Erstattung verpflichtet werden;

2. andrerseits ist die Begrenzung der im § 100 aufgeführten Personen zu eng. Der erste Indossant des eigenen Wechsels oder der erste Indossatar des

auf eigene Ordre gestellten trassirt eigenen Wechsels kann eine vorgeschobene Person und im guten Glauben gewesen sein, während erst dessen Nachmann oder ein Dritter derjenige war, für dessen Rechnung der Wechsel ausgestellt und verwerthet worden ist, und der bei Begebung des Wechsels die Zahlungseinstellung des Gemeinschuldners gewusst hatte. Dasselbe kann bei einem gezogenen Wechsel der Fall sein." (M.: 142.)

3.

Im Falle der Anfechtung auf Grund des Abs. 2 müssen die Voraussetzungen des § 23 Nr. 1 vorliegen, doch genügt es natürlich nicht, dass derjenige, gegen den die Anfechtung gerichtet wird, zur Zeit der Zahlung des Wechsels durch den Gemeinschuldner von der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag Kenntniss hatte. „Für den entscheidenden Zeitpunkt der Kenntniss desselben von der Zahlungseinstellung bezw. dem Konkursantrag kommt nur ein Moment in Betracht, die Begebung des Wechsels. Begeben heisst allerdings nicht bloss „indossiren", sondern bedeutet allgemein Uebertragung und Uebergabe des Wechsels; auch der Aussteller, der ihn dem Remittenten hingibt, begibt den Wechsel." (M.: 141.)

§ 28.

Die Anfechtung wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass für die anzufechtende Rechtshandlung ein vollstreckbarer Schuldtitel erlangt, oder dass dieselbe durch Zwangsvollstreckung oder durch Vollziehung eines Arrestes erwirkt worden ist.

(E.: § 28. M.: 143 ff. K.: 25., pr. K.-O. § 104.)

1.

Allgemeine Bemerkungen.

Bei der Erläuterung der §§ 23 und 24 (v. Bem. II. 2 bezw. I. 2 zu diesen §§) wurde schon hervorgehoben, dass im Gegensatz zu der in der preuss. Rechtsprechung festgehaltenen Auffassung die Anfechtung einer Rechtshandlung, die der Gemeinschuldner vornahm oder sich gefallen liess, bezw. gefallen lassen musste, nicht dadurch ausgeschlossen wird, dass der Gläubiger, gegen den die Anfechtung gerichtet wird, die gerichtliche Hülfe mit Erfolg in Anspruch nahm, oder in anderer Weise einen Vollstreckungstitel erwirkte. Auch wurde dort auf § 28 verwiesen, dessen Vorschriften in dieser Beziehung entscheidend sind. Zur Rechtfertigung dieser Bestimmungen wurde in den Motiven (143, 144) bemerkt: „Wenn eine Handlung nach den Bestimmungen des Gesetzes anfechtbar ist, so darf deren Anfechtung nicht dadurch verhindert oder erschwert werden, dass der Gemeinschuldner im Wege der Zwangsvollstreckung zur Vornahme der Handlung sich hatte zwingen lassen, oder dass ein Vollstreckungstitel erwirkt ist, auf Grund dessen er sich dazu hätte zwingen lassen können. Die Vollstrekbar-

keit der Handlung schliesst das Anfechtungsrecht nicht aus. Dieser Satz ist eine Ergänzung der bisherigen Vorschriften. Der Vollstreckungstitel, der nur zwischen den Parteien, dem Gemeinschuldner und dessen Gegner wirkt, berührt nicht die Gläubiger und braucht daher nicht erst angefochten zu werden." Nach diesen Ausführungen, die dem Wortlaut und Grund des Gesetzes entsprechen, und in der Reichstagskommission Billigung fanden, kommt für die Anfechtung immer nur die Rechtshandlung in Betracht, welche angefochten werden soll, und es kommt, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen der Anfechtung (§§ 23—25) vorliegen, nicht darauf an, ob die betr. Rechtshandlung in einer vollstreckbaren Urkunde oder einem Urtheil als für den Gemeinschuldner rechtsverbindlich anerkannt wurde, bezw. ob eine von dem Gemeinschuldner gewährte Befriedigung oder Sicherstellung freiwillig eingeräumt oder ob sie auf dem Wege eines gerichtlichen Verfahrens erzwungen wurde oder doch erzwungen werden konnte. [1]) Da es sich bei der Anfechtung in der Hauptsache darum handelt, die Konkursgläubiger gegen Benachtheiligung bezw. gegen eine Verletzung ihres Anspruchs auf gleichmässige Befriedigung aus dem vorhandenen Vermögen (Konkursanspruch) zu schützen (§ 23 Bem. II. 1 u. § 2 Bem. II. 1), entspricht diese Auffassung der rechtlichen Natur des Anfechtungsrechts.

2.

Erlangung eines vollstreckbaren Schuldtitels.

Ein vollstreckbarer Schuldtitel ist vor Allem ein rechtskräftiges oder für vorläufig vollstreckbar erklärtes Endurtheil (§ 644 C.-P.-O.); ausserdem kommt diese Eigenschaft aber zu dem Vollstreckungsbefehl (§§ 639. 640 C.-P.-O.) und den anderen in § 702 aufgezählten Schuldtiteln, insbesondere den gerichtlich abgeschlossenen Vergleichen und den unter §§ 702 bezw. 706 fallenden vollstreckbaren Urkunden. Soweit es sich nun um die Anfechtung eines solchen Schuldtitels handelt, wird durch § 28 an den Rechten, welche den Gläubigern bezw. dem Konkursverwalter zustehen, in keiner Weise etwas geändert. Es wird ihnen weder ein neues Recht gegeben, noch ein Anspruch, der nach anderweitigen gesetzlichen Vorschriften begründet ist, entzogen. Daraus folgt, dass der Verwalter alle diejenigen Anfechtungsgründe geltend machen darf, von welchen der Gemeinschuldner selbst, wenn er nicht in Konkurs gerathen wäre, Gebrauch machen könnte. Es ergibt sich aber weiter daraus, dass der Verwalter, wenn es im Interesse der Masse liegt, auch die Schuldtitel selbst auf Grund der §§ 23 ff. anfechten kann, sofern ihm ein wirksames Anfechtungsmittel zu Gebote steht. Einfach liegt die Sache hienach, wenn es sich um einen Vertrag, bezw. um eine von dem Gemeinschuldner ausgestellte Urkunde handelt, die auf dem

1) In der pr. K.-O. (§ 104) war ausdrücklich gesagt: „die Anfechtung einer Rechtshandlung wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass derselben ein vollstreckbarer Vergleich oder ein anderer vollstreckbarer Titel hinzugetreten ist. *Vielmehr ist jeder einer anfechtbaren und für ungültig erklärten Rechtshandlung hinzugetretene vollstreckbare Titel der Gläubigerschaft gegenüber unwirksam, ohne dass es der besonderen Anfechtung bedarf.*"

Wege der Klage oder Einrede angefochten und beseitigt werden kann. Hier ist der Verwalter ohne Zweifel berechtigt, die Rechtshandlungen des Gemeinschuldners sowohl, soweit sie der betr. Urkunde vorausgegangen sind, als soweit es sich um die Einräumung des vollstreckbaren Titels handelt, ohne Weiteres durch Klage oder Einrede anzufechten. (§ 22 Bem. IV. 1. u. 2.) Ebenso verhält es sich aber, sofern es sich um ein Urtheil, das gegen den Gemeinschuldner ergangen ist, bezw. um einen Vollstreckungsbefehl handelt. Auch hier kann der Verwalter zwar das ergangene Urtheil, soweit noch ein Rechtsmittel zu Gebot steht, in derselben Weise, wie es der Gemeinschuldner thun könnte, angreifen. Ja er kann auch, um sich den Erfolg zu sichern, die von dem Gemeinschuldner vorgenommenen Rechtshandlungen, insbesondere ausdrückliche oder stillschweigende Zugeständnisse auf Grund der §§ 23 ff. anfechten. Soweit die nach der C.-P.-O. zustehenden Rechtsmittel versagen und ein rechtskräftiges Urtheil vorliegt, das auch nicht auf dem Weg der Nichtigkeits- oder Restitutionsklage (§§ 541 ff. C.-P.-O.) angreifbar ist, kann dasselbe, da Urtheile nur durch die in der C.-P.-O. angegebenen Mittel angefochten werden können, und ein besonderes, ausserordentliches, Rechtsmittel dem Konkursverwalter nicht eingeräumt wurde, allerdings nicht mehr beseitigt werden. Auch darf aus dem letzten Satz der Motive nicht geschlossen werden, dass ein solches Urtheil gar keine Bedeutung habe. Vielmehr ist dasselbe dem Gemeinschuldner gegenüber rechtsverbindlich und kann auch den Gläubigern gegenüber unter Umständen gewisse Wirkungen äussern. Der Gläubiger, der es erwirkt hat, ist keineswegs genöthigt, dem Konkursverwalter gegenüber nochmals Klage zu erheben und einen neuen Prozess durchzuführen. Dagegen ist dieser nach der im § 28 enthaltenen Vorschrift nicht gezwungen, das Urtheil selbst anzugreifen, um die Rechtshandlungen, welche in demselben Anerkennung gefunden haben, oder auf Grund desselben vorgenommen wurden, oder um die Wirkungen des Urtheils, welche mittelbar auf Rechtshandlungen oder Geschehenlassen des Gemeinschuldners beruhen, zu beseitigen. Alle diese Rechtshandlungen können als „den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam" (§ 22) angefochten werden, als ob das Urtheil nicht bestände. Sie werden nicht angefochten, weil das Urtheil an sich keine Wirkung hat, sondern weil den Gläubigern gegenüber die Rechtshandlungen, welche ihren Anspruch auf gemeinsame Befriedigung (Konkursanspruch) verletzen, ohne Wirkung sind.[1]) Es kann sonach ein Rechtsgeschäft, das nach §§ 23 ff. anfechtbar ist, einen Anspruch auf Erfüllung auch dann nicht begründen, wenn der Gemeinschuldner zur Erfüllung verurtheilt worden war, und kann auf Grund eines solchen Urtheils insbesondere ein Absonderungsrecht nicht geltend gemacht

[1]) v. Völderndorff stellt (§ 28 Bem. a S. 333 ff.) die Ansicht auf, die Motive passten zwar zu § 34 des I. Entw. (E. zur G.-Sch.-O.) nicht aber zu § 28, könnten vielmehr, da der im I. Entw. enthaltene Satz „einer Anfechtung des Vollsteckungstitels bedarf es nicht" im Gesetz fehle, zur Erklärung desselben nicht mehr benützt werden. Dies geht aber zu weit, da durch die Fassung des § 28 „die Anfechtung wird dadurch nicht ausgeschlossen etc." jedenfalls dasselbe gesagt werden soll, was in § 34 des früheren E. und in § 104 der pr. K.-O. gesagt war.

werden. Hat der Gläubiger, gegen den die Anfechtung gerichtet wird, seinen Anspruch im Konkursverfahren angemeldet, so wird die Anfechtung in der Regel mittelst Widerspruchsklage (§ 134 Abs. 6) geltend gemacht werden; dagegen wird der Verwalter, wenn der Gläubiger Klage erhoben hat, z. B. die Aussonderung eines bestimmten Gegenstandes verlangt, die Anfechtung einredeweise geltend machen, und wenn der Gläubiger, der ein Absonderungsrecht in Anspruch nimmt, auf dem Wege der Zwangsvollstreckung vorgeht, in der in der C.-P.-O. (§§ 688 ff.) vorgeschriebenen Weise Widerspruch bezw. Klage erheben. War auf Grund des vollstreckbaren Schuldtitels freiwillig vom Gemeinschuldner erfüllt worden, so kann der Verwalter das, was aus der Masse weggegeben wurde, zurückfordern. (§ 30 Abs. 1.) In allen diesen Richtungen kann der vollstreckbare Schuldtitel der Anfechtung nicht im Wege stehen, und kann dem Verwalter insbesondere der Inhalt eines rechtskräftigen, in anderer Beziehung rechtsverbindlichen, Urtheils nicht entgegengehalten werden. Derselbe kann sonach eine unentgeltliche Verfügung, die der Gemeinschuldner getroffen hat, auch dann anfechten, wenn in einem Urtheil festgestellt ist, dass es sich hiebei um einen entgeltlichen Vertrag z. B. einen Kauf handle u. s. w. [1])

3.

Erzwingung der anfechtbaren Rechtshandlungen durch Zwangsvollstreckung oder Arrest.

Eine Rechtshandlung, die nach den §§ 23 ff. der Anfechtung unterworfen ist, wird auch dadurch nicht unanfechtbar, dass dieselbe durch Zwangsvollstreckung oder Vollziehung eines Arrestes erwirkt wurde. Insbesondere können Zahlungen oder Sicherstellungen, die durch Androhung oder Einleitung eines Vollstreckungsverfahrens erzwungen wurden, durch welche aber der Konkursanspruch der übrigen Gläubiger verletzt wird, ebenso angefochten werden, wie wenn sie freiwillig gegeben worden wären. Ferner unterliegt das Pfandrecht, das durch Vornahme einer Pfändung oder Arrestanlage erworben wurde (§§ 709 und 810 C.-P.-O.), in derselben Weise der Anfechtung, wie ein Pfandrecht, das vom Gemeinschuldner vertragsmässig eingeräumt worden ist. Der Konkursanspruch der übrigen Gläubiger (die „par conditio“) wird durch eine derartige Handlung ebenso verletzt, wie durch freiwillige Einräumung eines Absonderungsrechtes. Jedenfalls soll durch § 28 auch die Anfechtung derartiger Absonderungsrechte ermöglicht werden. (V. auch Bem. II. 2 zu § 23.) Dass es in solchen Fällen nicht darauf ankommt, ob auch der Schuldtitel, auf Grund dessen die Vollstreckung oder Arrestanlage erfolgte, bezw. die Rechtshandlung, für welche dieser Titel erlangt wurde, angefochten werden kann, bedarf kaum der Erwähnung.

[1]) V. auch von Völderndorff Bem. c. II. Anm. 6 S. 336. A. M. ist von Sarwey, der (§ 28 Bem. 1 S. 165) den Satzt aufstellt, ein Rechtsgeschäft, auf dessen Vollziehung erkannt sei, könne nicht als Schenkung angefochten werden, wenn dasselbe in dem Urtheil als Kauf bezeichnet sei, und dieses Urtheil nicht auf einer anfechtbaren prozessualischen Handlung des Schuldners beruhe.

§ 29.

Das Anfechtungsrecht wird von dem Verwalter ausgeübt.

(E.: § 29. M.: 144 ff. K.: 25—27. pr. K.-O. §§ 99 und 112.)

1.

Während es nach gemeinem Recht bestritten ist, ob das Anfechtungsrecht überhaupt dem Konkurskurator zusteht, oder ob dasselbe bloss von demjenigen Gläubiger ausgeübt werden kann, dessen Benachtheiligung der Gemeinschuldner beabsichtigte und bewirkte, steht nach der Konkurs-Ordnung, die in dieser Beziehung mit der römisch-rechtlichen Auffassung gebrochen hat, das Anfechtungsrecht dem Konkursverwalter zu, weil die fortgegebenen Vermögensstücke, wenn die Anfechtung gelingt, zu der für die Befriedigung aller Konkursgläubiger bestimmten Masse gehören, und der Konkursverwalter diese Masse zu verwalten und für deren Verwerthung zu sorgen hat. Es gilt aber auch der Grundsatz, dass nur der Konkursverwalter befugt ist, das Anfechtungsrecht im Interesse der Masse geltend zu machen, und die einzelnen Konkursgläubiger sind hienach nicht berechtigt, die Rechtshandlungen des Gemeinschuldners auf Grund der §§ 23 ff. anzufechten. Dies geht schon aus der allgemeinen Fassung des Gesetzes hervor, das in dieser Beziehung der im französischen Recht herrschenden Auffassung folgt, wurde aber auch in den Motiven (145, 146) ausdrücklich hervorgehoben und auch in den Verhandlungen der Reichstagskommission (25—27) allseitig anerkannt. Ein in dieser Kommission von Frankenburger gestellter Antrag, nach welchem es (ebenso wie nach § 112 pr. K.-O.), wenn der Verwalter vom Rechte der Anfechtung keinen Gebrauch machen wolle, jedem einzelnen Konkursgläubiger überlassen bleiben solle, dieses Recht auf seine Kosten auszuüben, wurde von den Regierungskommissaren durch Hinweis auf die ungünstigen Erfahrungen, die man in Preussen bezüglich dieser Vorschrift gemacht habe, bekämpft. Auch wurde von Regierungsrath Hagens bemerkt: „der Verwalter sei ja nicht völlig unabhängig, sondern sowohl dem Einflusse des Gerichts, wie dem der Gläubiger unterworfen. Die letzteren könnten ihn anhalten, das Recht geltend zu machen, hätten das Beschwerderecht und seien andererseits auch berechtigt, ihre Zustimmung zu verweigern, wenn er aussichtslose Prozesse anstrenge.“ (K.: 26.) Daraufhin wurde von Haanen der Zusatz beantragt: „Die Anfechtung müsse erfolgen, wenn der Gläubigerausschuss es beantrage.“ Dieser Antrag wurde aber schliesslich ebenso wie der Antrag von Frankenburger, vorbehaltlich der Wiederholung bei § 134, zurückgezogen und § 29 unverändert angenommen. (K.: 27.) Hienach sind, sofern der Konkursverwalter von dem ihm zustehenden Anfechtungrechte keinen Gebrauch macht, diejenigen Rechtshandlungen, welche nicht mit Nichtigkeit behaftet, sondern nur anfechtbar sind, für alle Konkursgläubiger bindend und können von ihnen weder auf dem Wege der Klage noch auf dem der Einrede angefochten werden. Dass dies auch für die auf Grund des § 134 erhobenen Feststellungs- bezw. Widerspruchsklagen gilt, kann keinem Zweifel unterliegen. Der Abg. Ausfeld glaubte zwar zwischen

§ 29 und § 134 einen Widerspruch zu finden, weil nach diesem „auch ein einzelner Gläubiger selbständig die Frage zur Entscheidung bringen könne, ob eine Forderung begründet sei oder nicht.“ Regierungsrath Hagens bemerkte aber darauf mit Recht: „Ein solcher Widerspruch bestehe durchaus nicht. Der Gläubiger, welcher der Forderung eines anderen widerspreche, könne in dem Spezialprozesse die Existenz der Forderung verneinen, Einreden aller Art vorbringen, aber die Anfechtung könne er nicht geltend machen. Das Anfechtungsrecht stehe nur dem Verwalter zu.“ Auch wurde hienach die Frage nicht weiter verfolgt. (K.: 92.) Bezüglich der Art und Weise, in welcher das Anfechtungsrecht geltend zu machen ist (Bem. IV. zu § 22), wie bezüglich der prozessualischen Mittel, die anzuwenden sind, ist der Konkursverwalter von den einzelnen Konkursgläubigern, die nur das Aufsichtsrecht des Gerichts anrufen können (§§ 75 und 76), unabhängig. Diese Gläubiger können zwar, wie auch von Hagens in der Reichstagskommission (26) anerkannt wurde, in den Anfechtungsprozess als Nebenintervenienten eintreten, da sie jedenfalls ein rechtliches Interesse am Ausgang dieses Prozesses haben. (§ 63 C.-P.-O.) Da sie als solche blosse Streitgehülfen sind, haben ihre Erklärungen und Handlungen aber nur insofern Anspruch auf Wirksamkeit, als sie mit denen des Verwalters nicht im Widerspruch stehen (§ 64 C.-P.-O.).

2.

Die Beschränkung, nach welcher das Anfechtungsrecht nur vom Konkursverwalter ausgeübt werden kann, gilt der Natur der Sache nach nur, soweit es sich um eine Anfechtung handelt, die auf den Vorschriften der Konkurs-Ordnung beruht, und in dem Konkursverfahren ihren Grund hat. Sofern ein solches Verfahren gar nicht eingeleitet oder wieder aufgehoben wurde, oder der Anfechtungsgrund ganz unabhängig von dem Konkurs ist, kann daher jeder Gläubiger diejenigen Ansprüche geltend machen, die ihm nach dem geltenden bürgerlichen Rechte zustehen und es ist auch im Allgemeinen nach diesem Recht zu beurtheilen, welche Wirkungen eine erfolgreiche Anfechtung hat, und wem die Ergebnisse eines gewonnenen Prozesses zu gut kommen.[1]) In dieser Beziehung wurde vom Regierungskommissar Hagens in der Reichstagskommission (127) bemerkt: „dass der Entwurf die Anfechtung, soweit sie in der K.-O. geregelt werde, als einen Ausfluss des Konkursrechts ansehe, dass also das Anfechtungsrecht in der Dauer des Konkurses seine Beschränkung habe. Mit Beendigung des Konkurses höre das Anfechtungsrecht auf Grund der Vorschriften der K.-O. auf; der Prozess könne nur insoweit fortgesetzt werden, als ein ausserhalb des Konkurses begründetes Anfechtungsrecht gleichzeitig verfolgt worden sei.“ Einer Anfechtung gegenüber, die ein einzelner Gläubiger auf Grund des bürgerlichen Rechts vornimmt, kann jedoch natürlich der Konkursverwalter die Rechte der Masse wahren und ebenso sein Anfechtungsrecht neben dem des einzelnen Gläubigers geltend machen. Sofern die Anfechtung gegen ein Aussonderungsrecht oder ein Absonderungsrecht gerichtet ist, wird ein blosser Konkursgläubiger zu dessen

[1]) V. von Sarwey § 29 Bem. 2 S. 167; von Völderndorf ebendas. Bem. a S 340.

Ausübung nicht berechtigt sein, da es sich in diesen Fällen nur darum handelt, ob ein bestimmter Gegenstand der Masse entzogen wird, und die Ansprüche, welche dieser d. h. der Gesammtheit der Konkursgläubiger zustehen, lediglich vom Verwalter zu wahren sind. Dagegen kann einem Gläubiger, der bezüglich des Streitgegenstandes gleichfalls ein Recht auf Aussonderung oder Absonderung beansprucht, das Recht nicht bestritten werden, die Ansprüche des betr. Gläubigers zu bekämpfen und seine eigenen geltend zu machen. In diesen Fällen handelt es sich nicht um eine Anfechtung auf Grund der §§ 23 ff. Der Konkursverwalter ist jedoch berechtigt, beide Rechte oder auch nur eines der geltend gemachten Absonderungsrechte zu bestreiten, zumal der Ueberschuss nach Befriedigung des Absonderungsberechtigten in die Konkursmasse fällt. [1])

§ 30.

Was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners veräussert, weggegeben oder aufgegeben ist, muss zur Konkursmasse zurückgewährt werden.

Der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung hat dieselbe nur soweit zurückzugewähren, als er durch sie bereichert ist.

(E.: §§ 30. M.: 146 ff. K.: 27 ff. pr. K.-O. § 106.)

1.

Dass die angefochtene Handlung gegen die Konkursgläubiger keine Wirkung übt, ergibt sich schon aus § 22. „Hinsichtlich der Gläubiger wird es so angesehen, als ob die Handlung nicht geschehen wäre.“ (M.: 146.) Bei Aufstellung des Entwurfs wurde desshalb erwogen, ob nicht im Allgemeinen als Folge der begründeten Anfechtung „die Wiederherstellung des vor der Handlung bestandenen Rechtszustandes“ zu bezeichnen sei. Dies erschien aber als bedenklich, weil eine solche gesetzliche Bestimmung, die auch nach § 22 unnöthig sei, des positiven Inhalts ermangeln und ausserdem dem Missverständniss Raum geben würde, „als ob auch andere Umstände ausserhalb der Handlung und deren Wirkungen, namentlich der inzwischen eingetretene Zeitablauf beseitigt, — und als ob eine Verpflichtung der Konkursgläubiger begründet werden sollte, auch den anderen Theil in seine frühere Lage zurückzuversetzen.“ (M.: 146 und 147.) Desshalb wurde es für nothwendig gehalten, die Verpflichtungen des Gegners „d. h. desjenigen, mit welchem der Gemeinschuldner die Handlung vorgenommen hat, oder welcher zufolge der Handlung derselben, des Verzichts, der Entsagung u. s. w. unmittelbar gewonnen hat,“ in positiver Weise zu regeln. (M.: 147.) In dieser Beziehung wurde in den Motiven (a. a. O.) noch weiter ausgeführt:

[1]) V. von Sarwey § 29 Bem. 3 S. 167.

„Wenn die Vermögensverringerung, gegen welche die Anfechtung durchgreift, noch in den Grenzen obligatorischer Beziehung zu dem Gegner geblieben war, so bewendet es bei der Wirkungslosigkeit der Handlung; die anfechtbar erklärte Verpflichtung, Anerkennung, Verpfändung, Verbürgung, Entlassung, Quittung u. s. w. ist nicht verbindlich gegen die Konkursgläubiger und den Verwalter; derselbe macht die durch sie beeinträchtigten Rechte des Gemeinschuldners so geltend, als ob die Handlung nicht erfolgt wäre. Dies ist eine einfache Konsequenz des im § 22 ausgesprochenen Grundsatzes. Es bedarf keines gesetzlichen Ausspruches derselben.“ Daraus ergab sich die Beschränkung der gesetzlichen Regelung auf diejenigen Fälle, „in denen es einer Leistung des anderen Theiles bedarf, um das Recht des Gemeinschuldners wieder herzustellen.“

2.

Bezüglich der in Abs. 1 des § geregelten Verpflichtung zur Rückgewährung in die Konkursmasse wurde in den Motiven (147, 148) bemerkt: „Der aus dem Vermögen des Gemeinschuldners geschiedene Gegenstand oder das aus der obligatorischen Beziehung zu dem Gegner getretene Recht muss von diesem zur Konkursmasse gewährt werden. Den Hauptfall wird es bilden, dass eine Sache oder ein wie eine Sache zu behandelndes Recht, ein Wechsel, eine Hypothek, ein Dispositionsschein und dergleichen fortgegeben war und zurückzugewähren ist. Die Verpflichtung zur Rückgewähr kann aber auch den Inhalt haben, dass der Gegner im Grundbuch eingetragene Rechte zur Löschung bringe, eingeräumte Vorzugsrechte aufgebe oder andere förmliche Erklärungen zur Rückgewähr ausstelle (v. § 1515 des sächs. b. G.-B.)[1], — dass er die Befreiung von einer in die Hände eines anderen Berechtigten gediehenen Verpflichtung des Gemeinschuldners bewirke, — oder dass er bei Unmöglichkeit vollständiger Rückgabe des Geleisteten oder vollständiger Wiederherstellung des entäusserten Rechts den Werth desselben ersetze, oder Ersatz des durch die Veräusserung sonst entstandenen Schadens leiste. Die Vorschrift des § 30 umfassst alle diese Fälle, ohne einzelne herauszugreifen. Die Gewährspflicht ist eine allgemeine. Es steht daher ausser Zweifel, dass der Gegner Rechte Dritter, welche in der Zwischenzeit von ihm oder gegen ihn auf die Sache gelegt und nach bürgerlichem Recht nicht schon in Folge der Anfechtbarkeit des Erwerbs hinfällig sind, zu beseitigen oder Schadensersatz zu leisten hat. (Sächs. b. G.-B. § 1514.)[2])

[1]) § 1515 des b. G.-B. für das Königreich Sachsen sagt: „Bestand die Veräusserung in der Bestellung, Abtretung oder Erlassung von Rechten, so sind, wenn die Voraussetzungen im § 1514 vorliegen, die im Grundbuch eingetragenen Rechte an Sachen zur Löschung zu bringen, andere Rechte an Sachen wieder aufzuheben, Forderungen zurückabzutreten und erlassene Rechte an Sachen oder erlassene Forderungen wieder herzustellen.

[2]) § 1514 des cit. G.-B. lautet wie folgt: „Hat der Empfänger, gleichviel ob die Veräusserung eine entgeltliche oder unentgeltliche war, um die Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu benachtheiligen gewusst, so ist er zur Rückerstattung nicht vertretbarer Sachen nach den Vorschriften über die Eigenthumsklage wider den unredlichen Besitzer verpflichtet. Rechte Dritter, welche er in der Zwischenzeit auf

Ebenso wird der Gegner von der Rückgewähr nicht dadurch befreit, dass er sich des Besitzes der vom Gemeinschuldner erworbenen Sache vor der Anfechtung entäussert hat. Er muss den Werth ersetzen. [1]) Ob der Anfechtungsberechtigte in dem Falle, dass der Gegner vermöge obligatorischen oder dinglichen Rechts die Sache von dem gegenwärtigen Besitzer zurückfordern könnte, anstatt Ersatz des Werths Abtretung der Klage gegen den Besitzer (l. 14 D. de usuris 22. 1.) und ob er, wenn der Erwerber die Sache veräussert hat, an Stelle des Werths den von letzterem enthaltenen Kaufpreis (l. 9 h. t., l. 49 D. de neg. gest. 3. 5., l. 3 C. de rei vind. 3. 32, Erk. des pr. Obertrib. vom 4. Mai 1863 Entsch. Bd. 49 S. 28) zu verlangen befugt ist, bestimmt sich nach dem bürgerlichen Recht. Dieses, insbesondere die Vorschriften über das Verhältniss eines Besitzers bei Rückgabe der Sache, bestimmen auch die Frage, inwieweit der Anfechtungsgegner die zur Zeit der Veräusserung vorhanden gewesenen, die später gezogenen oder zu ziehenden Früchte der Sache herausgeben, die Verschlechterungen zu ersetzen und die Verbesserungen zu beanspruchen hat. Massgebend ist, dass er, da die Anfechtung nach der K.-O. nur im Falle seines unredlichen Erwerbs durchgreift, stets als unredlicher Besitzer zu behandeln ist. Die alleinige Ausnahme macht der Fall einer Schenkung." (V. hiezu Bem. 3.)

Diesen Erläuterungen, denen im Allgemeinen beigetreten werden kann, ist nur wenig beizufügen. Dass der Verwalter von demjenigen, gegen den die Anfechtung gerichtet ist, die Rückerstattung alles dessen, was zufolge der angefochtenen Rechtshandlung der Masse entzogen wurde und falls derselbe zur Rückerstattung in Natur wegen vorgenommener Veräusserungen u. s. w. nicht im Stande ist, soweit nicht Abs. 2 des § zutrifft, vollen Ersatz des Werths verlangen kann und sich nicht etwa auf die vorherige Ausklagung des dritten Besitzers verweisen zu lassen braucht, muss nach Wortlaut und Geist des Gesetzes als unzweifelhaft angesehen werden. Auch wenn der Verwalter berechtigt ist, sich an den Dritten zu halten, kann ihn derjenige, gegen den die Anfechtung gerichtet ist, und der nach dem Gesetz als unredlicher Erwerber erscheint, nicht nöthigen, von dieser Befugniss Gebrauch zu machen. Vielmehr ist es dessen Sache, sich an den Dritten zu halten. Die Vorschrift des § 1226 Abs. 2 der

die Sache gelegt, hat er zu beseitigen. Vertretbare Sachen sind in gleicher Menge von derselben Gattung und Güte zurückzuerstatten."

[1]) Das pr. Obertribunal hat bezüglich dieser Frage widersprechende Entscheidungen erlassen. V. Erk. vom 15. Sept. 1857, 22. Juni 1861 und vom 7. Juni 1864 (Striethorst Bd. 25 S. 362, Bd. 42 S. 189 u. Bd. 53 S. 307). Im Gegensatz zu der letzten Entscheidung, in welcher der Satz aufgestellt wurde, die Anfechtungsklage könne nur gegen den Besitzer der Sache gerichtet werden, erkannte das R.-O.-H.-G. am 6. Juni 1873 (Entscheid. Bd. 10 Nr. 54 S. 248 ff.), der ursprüngliche Anfechtungsgegner sei zum Ersatz des Werths der schon vor der Klage weiterveräusserten Sache verpflichtet, da die Erstattungspflicht nicht im Besitz einer fremden Sache, sondern in dem dem Beklagten zur Last liegenden dolus ihren Grund habe. S. auch Meyscheider a. a. O. S. 112 ff. Dagegen bemerkt Dernburg (preuss. Privatrecht Bd. II. S. 295), es sei zweifelhaft, ob die Praxis den materiell ungerechtfertigten Sätzen der Motive folgen oder bei der bisherigen (preussischen) Rechtsprechung bleiben werde.

bayer. Pr.-O. ist jedenfalls (durch § 4 E.-G.) aufgehoben.[1]) Sofern die unmittelbare Inanspruchnahme eines Rechtsnachfolgers des ursprünglichen Anfechtungsgegners erfolgt, sind zunächst die Vorschriften des § 33 Abs. 2 massgebend. Auch soweit diese nicht zutreffen, kann aber der Verwalter gegen den Rechtsnachfolger oder jeden Dritten diejenigen Klagen erheben, die nach dem geltenden Recht zufolge der Unwirksamkeit der angefochtenen Rechtshandlung begründet sind.[2]) In den Ländern, in denen französisches Recht gilt, kann der Konkursverwalter auf Grund des Art. 1166 C. c. gegen den Dritten alle diejenigen Klagen erheben, welche dem Anfechtungsgegner, der ja Schuldner der Masse ist, gegen denselben zustehen, und es bedarf in dieser Beziehung einer besonderen Abtretung nicht.

3.

Zur Rechtfertignng der in Abs. 2 des § enthaltenen Vorschrift, durch welche die Verpflichtung zur Rückgewähr des Empfangenen für die Fälle, in denen es sich um eine unentgeltliche Leistung des Gemeinschuldners handelt, gemildert wird, wurde in den Motiven bemerkt: „Es würde zu hart sein, wenn der Beschenkte, der bei Annahme des Geschenks in gutem Glauben war, und das geschenkt Erhaltene redlich verwendet hat, verpflichtet sein sollte, Alles, was er damals empfangen, späterhin zu erstatten und dadurch in die Lage gebracht werden könnte, den Betrag des Geschenks aus seinem übrigen, eigenen, Vermögen zurückgewähren zu müssen. Mit dem Geschenkten hat er vielleicht einen Genuss sich verschafft, zu welchem er sein sonstiges Vermögen nicht verwendet haben würde; bei völliger Rückgewähr käme er in eine üblere Lage, als wenn er das Geschenk nicht empfangen hätte. Der redliche Geschenknehmer braucht daher nur soweit zurückzugewähren, als er zur Zeit noch im Besitz der Schenkung sich befindet. Der Zeitpunkt für den Umfang der Rückgewähr wird spätestens durch die Erhebung der Anfechtungsklage oder die Geltendmachung der Einrede bestimmt; inwieweit der Geschenknehmer indess, damit er nicht weiter verfüge, schon durch einen früheren Akt in bösen Glauben versetzt werden kann, richtet sich nach dem bürgerlichen Recht. Die Sonderbestimmung soll nur den redlichen Besitz, und so lange dieser dauert, schützen. Damit ist aber nicht gesagt, dass der Entwurf den bösen Glauben eines Beschenkten vermuthen und letzterem den Beweis seiner Redlichkeit aufbürden wolle. Die Bestimmung begrenzt vielmehr nur den Umfang der Gewährspflicht. Verlangt der Konkursverwalter die volle Rückgewähr, so mag er die Unredlichkeit des Beschenkten nachweisen." (M.: 148.) In der Reichstagskommission wurde zunächst von Goldschmidt eine Ausdehnung dieser Vorschrift auf die entgeltlichen Verträge beantragt, so dass jeder gutgläubige Empfänger die empfangene Leistung nur soweit zurückgewähren sollte, als er durch sie bereichert sei. Dieser Antrag wurde aber abgelehnt, nachdem Reg.-Kommissär Hagens darauf verwiesen hatte, die K.-O. nehme auch in den Fällen des § 23 Nr. 1 u. 2 eine Schlechtgläubigkeit des

[1]) V. von Sarwey § 30 Bem. 3 S. 170; von Völderndorff ebendas. Bem. c. II. S. 345.

[2]) V. von Sarwey § 30 Bem. 3 S. 171; Meyscheider a. a. O. S. 115.

Dritten an. (K.: 27 u. 28.) Als gutgläubig im Sinne des Gesetzes ist auch hier nur derjenige anzusehen, der von den thatsächlichen Verhältnissen, in Folge deren die Schenkung als eine die Gläubiger benachtheiligende Verfügung erscheint, keine Kenntniss hatte. Es muss also dem Empfänger, wenn die Anfechtung ihre volle Wirkung haben soll, der Beweis geführt werden, dass er von der Zahlungseinstellung u. s. w. Kenntniss hatte, was zur Begründung der Anfechtung selbst nach § 24 Nr. 1 und § 25 nicht erforderlich ist.[1]) Bezüglich des Zeitpunkts der Gutgläubigkeit bemerkte der Abg. Hullmann in der Reichstagskommission: „Er nehme an, dass es nicht bloss darauf ankomme, dass der Empfänger zur Zeit des Empfanges im guten Glauben gewesen sei; vielmehr müsse die bona fides bis zu derjenigen weiteren Handlung fortbestanden haben, durch welche er sich ausser Stand gesetzt habe, die ganze Leistung zurückzugewähren. Wenn also z. B. der Empfänger anfänglich in bona fide war, nachmals aber in malam fidem gerieth und nunmehr veräusserte, so dürfe die Haftung nicht auf die Bereicherung beschränkt werden." Darauf bemerkte Regierungskommissär Hagens, „er glaube, diese Frage im Sinne des Vorredners beantworten zu dürfen," verwies aber im Uebrigen darauf, dass der Entwurf zu einer deutschen Gemeinschuldordnung vor „bereichert" das Wort „noch" enthalten habe, das nach langen Berathungen gestrichen worden sei und dass nach den Motiven das bürgerliche Recht den Zeitpunkt bestimmen solle, bis zu welchem der Empfänger in bona fide gewesen sein müsse. Ein von Grütering gestellter Antrag, am Schlusse des Abs. 2 hinzuzufügen: „so lange er im guten Glauben sich befand", wurde darauf abgelehnt. (K.: 28.) Ungeachtet dieses Beschlusses und des vom Regierungskommissär gemachten Vorbehaltes muss die von Hullmann ausgesprochene Ansicht als unbedingt richtig und der Vorschrift des Gesetzes entsprechend angesehen werden. Die Wirkungen der Anfechtung sind in der K.-O. selbst geregelt, und es wird von der in Abs. 1 des § aufgestellten Verpflichtung zur Rückgewähr des Empfangenen in Abs. 2 zu Gunsten des Empfängers einer unentgeltlichen Leistung, den ja im Allgemeinen der gute Glaube nicht gegen die Anfechtung schützt (v. Bem. I. 1 zu § 25), eine Ausnahme nur insofern gemacht, als derselbe nicht gehalten sein soll, das in gutem Glauben Empfangene aber auch wieder Verwendete zurückerstatten. Der gute Glaube, der den Empfänger einer entgeltlichen Leistung vollständig sichert, soll auch hier berücksichtigt und der Empfänger gegen die Gefahr geschützt werden, aus seinem eigenen Vermögen zu ersetzen, was er in Unkenntniss der Anfechtungsgründe ausgegeben hat. Dagegen soll dem Empfänger, soweit er sich nachweislich in bösem Glauben befand, ein Vortheil nicht zugewendet werden. Dies Letztere würde aber geschehen, wenn es demjenigen, der eine unentgeltliche Leistung empfing, sofern er anfangs in gutem Glauben war, später aber die Verhältnisse und die damit zusammenhängende Gefahr der Anfechtung kennen lernte, gestattet wäre, um dieser auszuweichen, die geschenkten Gegenstände weiter zu verschenken, oder in anderer Weise zu verausgaben.

[1]) V. von Sarwey § 30 Bem. 1 S. 171, von Völderndorff ebendas. Bem. d. S. 345 ff.

Ob und in wieweit der Empfänger durch die unentgeltliche Leistung bereichert ist, muss im einzelnen Falle unter Berücksichtigung aller Umstände entschieden werden, und es ist bei dieser Beurtheilung massgebend, ob das Vermögen des Empfängers durch die in Frage stehende Zuwendung einen Zuwachs erfahren hat, bezw. ihm Ausgaben erspart wurden, oder ob, wenn er zur vollständigen Zurückerstattung (nach Abs. 1) angehalten werden sollte, das zur Zeit der Schenkung vorhandene Vermögen verringert werden würde, was verhütet werden soll. Handelt es sich um Ausgaben zum Zweck des Vergnügens, oder um Anschaffungen, durch welche an sich das Vermögen nicht vermehrt wurde, so wird es darauf ankommen, ob der Empfänger die betr. Ausgaben, auch wenn er die Schenkung nicht erhalten hätte, gemacht haben würde, und nur soweit dies anzunehmen ist, liegt eine Bereicherung vor. Der Natur der Sache nach ist hier für das billige Ermessen des Richters ein weiter Spielraum gegeben. Im Allgemeinen ist es aber Sache des Beklagten, darzuthun, dass er durch den Empfang der Leistung gar nicht, oder doch nicht um den vollen Werth derselben bereichert wurde. [1]

§ 31.

Die Gegenleistung ist aus der Konkursmasse zu erstatten, insoweit sie sich in derselben befindet, oder soweit die Masse um ihren Werth bereichert ist. Darüber hinaus kann ein Anspruch nur als Konkursforderung geltend gemacht werden.

§ 32.

Wenn der Empfänger einer anfechtbaren Leistung das Empfangene zurückgewährt, so tritt seine Forderung wieder in Kraft.

(E.: §§ 31 und 32. M.: 188 ff. K.: 27 ff., pr. K.O.: §§ 107 und 108.)

1.

Rückerstattung der Gegenleistung oder des Werthes derselben aus der Konkursmasse.

(Satz 1 des § 31.)

Falls eine Rechtshandlung des Gemeinschuldners vom Konkursverwalter mit Erfolg angefochten wird und desshalb § 30 Abs. 1 zur Anwendung kommt, hat der zur Rückgewähr in die Konkursmasse Verpflichtete nicht, wie es nach § 107 der pr. K.-O. als Regel vorgeschrieben war, schon desshalb Anspruch darauf, dass ihm auch dasjenige, was er an den Gemeinschuldner geleistet hat, aus der

[1] V. von Sarwey § 30 Bem. 5 S. 172 ff.

Masse zurückerstattet werde. (V. Bem. 2.) Vielmehr ist ein solcher Anspruch nur dann begründet, wenn sich das, was geleistet wurde, in der Masse vorfindet, oder diese um deren Werth bereichert ist, d. h. statt des Gegenstandes der Leistung ein Aequivalent in der Masse enthalten ist. [1]) Zur Erläuterung dieser Vorschrift wurde in den Motiven (149) bemerkt: „Befindet sich eine Gegenleistung des Gegners unterscheidbar in der Konkursmasse, so würde nach den §§ 35 ff. ein Anspruch auf Rückforderung der „fremden“ Sache, und wenn die Sache verkauft sein sollte, nach § 38 ein Anspruch auf den ausstehenden Erlös oder auf Herausgabe des nach der Konkurseröffnung zur Masse gezogenen Erlöses begründet, und ebenso würde ein Masseanspruch nach § 52 Nr. 3 begründet sein, wenn sonst die Gegenleistung erst nach der Konkurseröffnung zur Konkursmasse erfolgt sein sollte. Sache und Erlös müssen, wie diese letztere, vollständig herausgegeben werden; denn ohne Rechtsgrund sind sie in die Konkursmasse selbst gelangt.“ Die Rückgabe aus der Masse kann hienach verlangt werden, wenn es sich um einen bestimmten Gegenstand handelt, der in der Masse vorhanden ist, oder doch in derselben zur Zeit der Konkurseröffnung vorhanden war, und zum Vortheil der Masse veräussert wurde. Ebenso ist ein derartiges Begehren gerechtfertigt, wenn die Gegenleistung erst nach der Eröffnung des Konkursverfahrens an den Verwalter bewirkt wurde, oder der Kaufpreis der an den Gemeinschuldner geleisteten Sache noch aussteht, und der Masse zu gut kommt.

In allen diesen Fällen ist die Verpflichtung des Verwalters zur Erstattung des Empfangenen als eine Masseschuld (§ 52 Nr. 3) anzusehen. Dagegen kann der erste Satz des § keine Anwendung finden, wenn an den Gemeinschuldner eine Summe Geldes bezahlt wurde, oder wenn die Sachen, welche den Gegenstand der Leistung bildeten, noch vor Eröffnung des Konkursverfahrens vom Gemeinschuldner veräussert worden sind, und der Erlös an diesen bezahlt wurde, also nicht nachweislich der Masse zu gut kam.

2.

Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs.

(Satz 2 des § 31.)

Nach der im zweiten Satz des § 31 enthaltenen Vorschrift können die Gläubiger, denen ein Masseanspruch nach Satz 1 nicht zukommt, ihren Anspruch auf Rückerstattung des an den Gemeinschuldner Geleisteten bezw. auf Ersatz des Werthes als Konkursforderung geltend machen. Sie sind also in derselben Lage wie andere Gläubiger, welche eine Leistung vom Gemeinschuldner zu bean-

[1]) § 107 der pr. K.-O. lautet:

„Dem Erwerber muss seine Gegenleistung vollständig erstattet werden. Wenn jedoch dem Erwerber bekannt, dass der Gemeinschuldner die Rechtshandlung nur zum Schein, oder in der Absicht vorgenommen hat, die Gläubiger zu bevortheilen, so kann er die Gegenleistung aus der Masse nur insoweit zurückfordern, als letztere dadurch reicher geworden ist.

Die Ansprüche, welche dem Erwerber hienach zustehen, kann derselbe als Massegläubiger geltend machen.

sprochen haben, die vom Verwalter abgelehnt wird, und es wandelt sich ihr Anspruch, sofern derselbe nicht schon von vornherein auf Geld gerichtet ist, in eine Geldforderung um. Zur Begründung dieser Vorschrift wurde in den Motiven (§ 149) bemerkt: „Befindet oder befand die Gegenleistung sich nicht in specie in der Konkursmasse, so kann von einer Erstattung ihres Werths aus derselben als Masseschuld nicht die Rede sein. Wenn das Geschäft, der Verkauf, die Hingabe an Zahlungsstatt u. s. w. die Rechte der Gläubiger und den Verwalter nicht berührt, aus welchem Rechtsgrunde sollte eine Entschädigungspflicht des Gemeinschuldners auf Grund des Geschäfts vom Verwalter aus der Konkursmasse erfüllt werden müssen? Mag immerhin die Wirkungslosigkeit des Rechtsgeschäfts erst durch die Anfechtung festgestellt worden sein; der Rechtsgrund für die Entschädigung und die Vertretung des anderen Theils liegt vor der Konkurseröffnung in dem Abschluss des anfechtbaren Geschäfts. Was der andere geleistet, ist vor der Konkurseröffnung in das Vermögen des Gemeinschuldners gelangt; die Masse ist nicht bereichert; der Entschädigungsanspruch ist rechtlich eine Konkursforderung. Auch praktisch verlöre, würde der Anspruch als Masseschuld behandelt, die Anfechtung jeden Werth; denn der Gegner erhielte, was ihm auf der einen Seite genommen würde, auf der anderen vollständig wieder zurück. Er kann nur an seinen Kontrahenten, den Gemeinschuldner, sich halten, und, sofern nicht seine eigene Unredlichkeit bei Abschluss des Geschäfts nach bürgerlichem Rechte einen Entschädigungsanspruch ausschliesst, diesen als Konkursgläubiger anmelden.“ [1])

3.
Wiederaufleben der Forderung des Empfängers der angefochtenen Leistung.
(§ 32.)

Es liegt in der Natur der Sache, „dass die Forderung des Gläubigers, wenn die Tilgung anfechtbar und der Konkursmasse gegenüber wirkungslos ist, ihr gegenüber wieder in Kraft tritt, der Gläubiger daher sie zur Konkursmasse anmelden kann; es ist dies eine Folge des Grundsatzes, dass der Gegner den aus der Entkräftung des Rechtsgeschäftes folgenden Anspruch als Konkursforderung geltend machen kann.“ (M.: 150.) Diesen Rechtssatz ausdrücklich im Gesetz auszusprechen, wie es auch in der pr. K.-O. (§ 108) und in der bayer. Pr.-O. (Art. 1228) geschehen war, wurde für nothwendig gehalten, „da das Aufleben der Forderung nur gezwungen unter den Gesichtspunkt einer Erstattung der Gegenleistung gebracht werden könnte.“ (M.: a. a. O.) Dass die wiederaufgelebte Forderung nur als Konkursforderung nicht als Masseanspruch geltend gemacht werden kann, ist unzweifelhaft. Ebenso kann es aber keinem

[1]) Die in der K.-O. zur Herrschaft gelangte Auffassung, welche, wie auch in den Motiven hervorgehoben wurde, dem gemeinen Recht entnommen ist, hatte schon früher in der Bremer Debit- und Lübecker Konkurs-Ordnung (§ 46 bezw. § 35), in dem sächs. bürg. G.-B. (§ 1516) und in der bayer. Pr.-O. (Art. 1226) Anerkennung gefunden.

Zweifel unterliegen, dass die getilgte Forderung ihrem ganzen Umfange nach wieder in Kraft tritt und insbesondere ein mit derselben verbundenes Pfandrecht oder sonstiges Absonderungsrecht geltend gemacht werden kann. Der Verwalter wird desshalb, wenn eine derartige Forderung in Frage steht, zu überlegen haben, ob er von dem Anfechtungsrecht Gebrauch machen soll. Da durch § 32, wie aus der Stellung und Entstehungsgeschichte desselben (v. § 108 pr. K.-O. und die Motive a. a. O.) klar hervorgeht, lediglich die Rechte des Anfechtungsgegners gegenüber der Konkursmasse geregelt werden sollen, kann derselbe übrigens nur auf die Fälle Anwendung finden, in welchen durch die angefochtene Leistung eine Forderung des Gemeinschuldners getilgt wurde. Dagegen ist die Frage, ob auch die Forderung eines Dritten, die durch den Gemeinschuldner bezahlt wurde, wieder in Kraft tritt, nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu entscheiden, die allerdings in der Regel zu demselben Ergebnisse führen werden.[1])

§ 33.

Die gegen den Erblasser begründete Anfechtung findet gegen den Erben statt.

Gegen einen anderen Rechtsnachfolger desjenigen, welchem gegenüber die anfechtbare Handlung vorgenommen ist, findet die gegen den letzteren begründete Anfechtung statt:

1. wenn ihm zur Zeit seines Erwerbes bekannt war, dass der Gemeinschuldner die Rechtshandlung in der Absicht vorgenommen hatte, seine Gläubiger zu benachtheiligen;
2. wenn er zu den im § 24 Nr. 2 genannten Personen gehört und nicht beweist, dass er zur Zeit seines Erwerbes von den Umständen, welche die Anfechtung gegen den Rechtsvorgänger begründen, keine Kenntniss hatte.

(E.: § 33. M.: 150 ff. K.: 28., pr. K.-O. § 109.)

1.
Voraussetzung, dass die Anfechtung gegen den Rechtsvorgänger begründet ist.

Damit eine Anfechtung gegen den Rechtsnachfolger einer bestimmten Person geltend gemacht werden kann, wird regelmässig vorausgesetzt, dass die Rechts-

1) V. von Sarwey § 32 Bem. 2 S. 179. A. M. ist Völderndorff, der (Bem. f. III. S. 354) gestützt auf den Wortlaut des § behauptet, auch die Forderung des Empfängers gegen einen Dritten trete auf Grund des § 32 wieder in Kraft.

handlung, auf welche der Rechtsvorgänger seine Ansprüche stützt, angefochten werden kann. Dies geht schon aus dem Wortlaut des Gesetzes („gegen den Erblasser etc. begründete Anfechtung") hervor. Es wurde aber auch in den Motiven (150 ff.) ausdrücklich bemerkt: „Die Anfechtung hat stets das mit dem Gemeinschuldner geschlossene, erste, Rechtsgeschäft zum Gegenstand; ist dieses unanfechtbar, so ist das Vermögensstück rechtsgültig und unwiderruflich aus dem Vermögen des Gemeinschuldners geschieden. Die Anfechtung setzt also nothwendig voraus, dass die Anfechtung gegen den ersten Rechtsvorgänger zulässig sein würde. Daraus folgt zwar nicht, dass dieser zugleich verklagt werden müsse; auch ohne Zuziehung desselben ist die Anfechtung gegen den Rechtsnachfolger prozessualisch gerechtfertigt, denn der letztere allein soll die Wirkung des Anfechtungsrechts gegen sich gelten lassen und ausführen.[1]) Vielmehr dürfte nur die Folgerung zugegeben werden, dass die rechtskräftige Zurückweisung einer Anfechtung gegen den Vertragsgenossen die fernere Anfechtung gegen einen Rechtsnachfolger desselben ausschliesse, weil, wenn auch res judicata nur inter partes wirke, die Zulässigkeit der Anfechtung gegen den Ersteren materielles Präjudiz für die gegen den Letzteren bilde."[2])

2.

Anfechtungsrecht gegen die Erben.

Dass „ein gegen eine bestimmte Person begründetes Anfechtungsrecht gegen die Erben derselben in der nämlichen Weise ausgeübt werden kann, wie es gegen den Erblasser zulässig gewesen sein würde, und dass die Benefizialeigenschaft des Erben nur auf den Umfang seiner Verpflichtung, nicht aber auf die Zulässigkeit der Anfechtung Einfluss üben kann," entspricht, wie in den Motiven (153) bemerkt wurde, gleichmässig allen bestehenden Erbrechtssystemen. Die Frage, ob die Vorschriften der K.-O. auch auf diejenigen Rechtshandlungen Anwendung finden, welche von einer Person, über deren Nachlass später der Konkurs eröffnet wurde (§§ 202 ff.), oder welche in diesem Falle von dem Erben in Betreff des Nachlasses vorgenommen wurden, wird durch § 33 nicht geregelt. Es ist diese Frage aber jedenfalls zu bejahen.[3])

[1]) V. Erk. des pr. Obertr. vom 18. Sept. 1862 (Strieth. Bd. 46 Nr. 37 S. 204, Entscheid. Bd. 49, Nr. 48 S. 356.)

[2]) Das pr. Obertrib. entschied am 11. Dez. 1851 (Entscheid. Bd. 22 Nr. 17 S. 123), wenn der Kurator mit der Anfechtung gegen den ursprünglichen Kontrahenten des Gemeinschuldners unterliege, so komme diese Entscheidung nach den Grundsätzen über die Rechtskraft dem Rechtsnachfolger zu gut.

[3]) V. von Völderndorf § 33 Bem. a. I. S. 355. In § 105 pr. K.-O. und § 35 des E. zur G.-Sch.-O. war ausdrücklich gesagt, dass die Bestimmungen über die Anfechtung von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners auch auf die Rechtshandlungen Anwendung finden, welche der Erbe desselben in der Zeit zwischen dem Ableben des Gemeinschuldners bis zur Konkurseröffnung vorgenommen hat. Dass die Rechtshandlungen, welche derjenige, über dessen Nachlass später der Konkurs eröffnet wurde, bei Lebzeiten vorgenommen hat, der Anfechtung ebenso unterliegen, als wenn der Konkurs noch vor dem Tod dieser Person eröffnet worden wäre, wurde in den Motiven zur G.-Sch.-O. (S. 185) als selbstverständlich bezeichnet.

3.
Anfechtungsgründe gegen besondere Rechtsnachfolger im Allgemeinen.

Mit Rücksicht darauf, dass die angefochtene Handlung nicht an sich ungültig (nichtig) ist, sondern erst durch die erfolgreiche Anfechtung den Konkursgläubigern gegenüber ihre Wirksamkeit verliert, geht der Gesetzgeber von dem Grundsatze aus, dass die Anfechtung gegen einen besonderen Rechtsnachfolger nur dann gestattet ist, wenn besondere, in der Person desselben begründete Voraussetzungen vorliegen. „Nur die Rechtsverletzung der persönlichen Gläubiger des Gemeinschuldners, welche in dessen Geschäft enthalten ist, begründet das relative Anfechtungsrecht. Desshalb kann die Anfechtung nur durchgreifen, wenn gegen denjenigen, welcher verfolgt wird, die Verletzung des persönlichen Rechts der Gläubiger geltend gemacht werden kann. Um eine juristisch feststehende Bezeichnung zu gebrauchen: das Anfechtungsrecht als solches — das judicium rescindens — geht nicht in rem, sondern in personam. Konsequent darf daher das Gesetz gegen einen Rechtsnachfolger des Vertragsgenossen die Anfechtung nur insofern zulassen, als jene Rechtsverletzung nicht nur gegenüber dem Vertragsgenossen, sondern auch gegenüber dem Rechtsnachfolger vorliegt.“ (M.: 151.) Dieser Auffassung entsprechend gestattet das Gesetz die Anfechtung gegen einen Dritten (in Abs. 2 Nr. 1 des §) im Allgemeinen nur wenn derselbe von der betrügerischen Absicht des Gemeinschuldners Kenntniss hatte (Bem. 4) und bloss wenn es sich um einen nahen Verwandten des Gemeinschuldners (im Sinn des § 24 Nr. 2) handelt, wird die gegen den Rechtsvorgänger begründete Anfechtung auch gegen den Rechtsnachfolger, der in einem solchen Verwandtschaftsverhältniss steht, in allgemeiner Weise zugelassen. (Bem. 5.) Dass die Anfechtung nicht, wie nach der pr. K.-O. (§ 109 Nr. 3) und der bayer. Pr.-O. (Art. 1229 Nr. 3), auch in den Fällen gestattet ist, in welchen der Rechtsnachfolger die Sache durch freigebige Verfügung erworben hat, wurde in den Motiven (152) dadurch gerechtfertigt, „dass der unentgeltliche Erwerb, der nicht vom Gemeinschuldner, sondern von einem anderen gemacht werde, weder eine Rechtsverletzung gegen die Gläubiger des Gemeinschuldners noch eine Theilnahme an der Rechtsverletzung des Letzteren enthalte.“

4.
Anfechtung wegen Kenntniss der betrügerischen Absicht des Gemeinschuldners.
(Abs. 2 Nr. 1 des §.)

Wenn der Gemeinschuldner die in Frage stehende Rechtshandlung in der Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen, vorgenommen hat, so kann die Anfechtung auch solchen Rechtsnachfolgern des ursprünglichen Anfechtungsgegners gegenüber geltend gemacht werden, denen zur Zeit ihres Erwerbs die betrügerische Absicht des Gemeinschuldners bekannt war. Damit diese Vorschrift Anwendung finden kann, wird hienach in objektiver Beziehung vorausgesetzt, dass eine Rechtshandlung vorliegt, die nach § 24 angefochten werden kann; es ist aber einerlei, ob die Anfechtung auf Nr. 1 oder Nr. 2 dieses §

gestützt wird, denn auch in letzterem Fall ist die Benachtheiligung der Gläubiger der Grund der Anfechtung, wenn auch diese Absicht und die Kenntniss derselben auf Seite des nahen Verwandten vermuthet wird. Auch wenn es sich um eine unentgeltliche Verfügung handelt, die der Anfechtung nach § 25 unterliegt, kann die Anfechtung natürlich einem Dritten gegenüber geltend gemacht werden, falls die Voraussetzungen des § 24 vorliegen und die Kenntniss der betrügerischen Absicht des Gemeinschuldners dem Dritten nachgewiesen werden kann. Dagegen kann die Vorschrift der Nr. 1 keine Anwendung finden, wenn die in Frage stehende Rechtshandlung lediglich auf Grund des § 23 angefochten werden kann. Dies geht schon aus dem Wortlaut des Gesetzes zur Genüge hervor. Es wurde dies aber auch in den Motiven (152 und 153) ausdrücklich hervorgehoben.

In subjektiver Beziehung wird vorausgesetzt, dass derjenige, gegen welchen die Anfechtung gerichtet wird, zur Zeit seines Erwerbs die Absicht des Gemeinschuldners, seine Gläubiger zu benachtheiligen, kannte. Diese Kenntniss genügt aber auch. Es ist, wie in den Motiven (152) noch besonders bemerkt wurde, nicht erforderlich, dass der Rechtsnachfolger, wie es das sächs. bürg. G.-B. (§ 1518) verlangt, ausser der betrüglichen Absicht des Gemeinschuldners auch die Wissenschaft des ersten Erwerbers um diese Absicht kannte. Ja es ist gar nicht nothwendig, dass der Rechtsvorgänger überhaupt von dieser Absicht Kenntniss hatte. Es genügt die Kenntniss des Rechtsnachfolgers, „mag der Vertragsgenosse ebenfalls um den Betrug gewusst haben, oder mag die Anfechtung gegen ihn aus einem anderen der in den §§ 23—25 genannten Umstände, insbesondere daraus folgen, dass dieser die Zahlungseinstellung gekannt oder dass er ohne Entgelt erworben hatte.“ (M.: 152.)[1]) Auch in den letzteren Fällen ist das in Bem. 1 erörterte Erforderniss vorhanden. Dass die Voraussetzungen des § nur dann vorliegen müssen, wenn es sich um eine Anfechtung im Sinne der K.-O. handelt, nicht wenn geltend gemacht wird, es liege ein simulirtes Geschäft vor, (Bem. I. 1 zu § 54), bedarf kaum der Erwähnung. „Das zwischen dem Gemeinschuldner und dessen Vertragsgenossen zum Schein geschlossene Geschäft ist an sich ungültig. Der Rechtsnachfolger steht hier gerade so wie in jedem anderen Falle einer Nichtigkeit des Geschäfts seines Vorgängers.“ (M.: 152.)

5.

Anfechtung auf Grund naher Verwandtschaft des Rechtsnachfolgers mit dem Gemeinschuldner.

(Abs. 2 Nr. 2.)

Wenn der Rechtsnachfolger, gegen den die Anfechtung gerichtet wird, zu den in § 24 Nr. 2 genannten Personen gehört, so ist die Anfechtung auf Grund

[1]) In dieser Beziehung stimmt die K.-O., wie in den Motiven hervorgehoben wurde, mit den Vorschriften des römischen und gemeinen Rechts und der meisten Konkurs-Ordnungen (v. pr. K.-O. § 109, bayer. Pr.-O. Art. 1229), sowie mit dem französischen Recht (Zachariä-Anschütz § 313 Bd. II. S. 265 Note 13) überein. Nach französischem Recht ist die Frage übrigens bestritten.

der §§ 23—25 gegen ihn unter denselben Voraussetzungen gestattet, die ausreichen würden, wenn der Gemeinschuldner mit ihm selbst das Rechtsgeschäft abgeschlossen oder eine andere Rechtshandlung ihm gegenüber vorgenommen hätte, was in den Motiven (153) „durch das nahe Verhältniss des Verwandten zum Gemeinschuldner und die häufige Erfahrung, dass nur zur Umgehung des Gesetzes von ihnen ein anderer Erwerber dazwischengeschoben war," gerechtfertigt wurde. Auch in diesem Falle müssen die Voraussetzungen der Anfechtung zugleich dem Rechtsvorgänger gegenüber vorliegen. (Bem. 1.) Das Gesetz lässt gegen einen solchen Rechtsnachfolger die Anfechtung überall zu, „wenn nur dieselbe gegen den ersten Rechtsvorgänger begründet ist, und der Verwandte zur Zeit seines Erwerbs die Umstände gekannt hat, welche die Anfechtung gegen jenen begründen, — gleichviel, welche Gründe der Anfechtung es sein mögen. Diese Kenntniss des Verwandten vorausgesetzt, wird ein solcher ebenso behandelt, als stände er an Stelle des unmittelbaren Erwerbers, als sei er es gewesen, der mit dem Gemeinschuldner kontrahirt hätte. Und auch hier wird der Nachweis der Kenntniss zur Begründung der Anfechtung erlassen; der Verwandte soll seinen redlichen Glauben nachweisen." (M.: 153.)

6.

Art und Weise der Anfechtung, Wirkungen derselben.

Bereits früher (Bem. 1) wurde erwähnt, die Anfechtung gegen einen Rechtsnachfolger setze nicht voraus, dass der ursprüngliche Anfechtungsgegner mitverklagt werde. „Die Anfechtbarkeit gegen den Vertragsgenossen vorausgesetzt, kann die Anfechtung gegen einen Rechtsnachfolger formell in derselben Art verfolgt werden, wie gegen jenen. Technisch ausgedrückt: das judicium rescindens kann dem judicium rescissorium vorausgehen, mit diesem verbunden werden oder in ihm mittelbar enthalten sein." (M.: 151.) Dringt der Verwalter mit der Anfechtung gegen einen Rechtsnachfolger durch, „so treten dieselben Folgen der Rückgewähr ein, wie es gegenüber dem ersten Erwerber der Fall sein würde." (M.: 153.)

„Eine Erstattung des Entgelts, welches der Dritte seinem Rechtsurheber gegeben hatte, kann der Konkursmasse gegenüber nicht in Frage kommen. Derselbe hat wegen seiner Gegenleistung oder wegen seiner Entschädigungs- oder sonstigen Ansprüche sich an seinen Vertragsgenossen zu halten. Es kann sich nur fragen, wem diejenige Gegenleistung gewährt werden soll, welche der Vertragsgenosse des Gemeinschuldners diesem in Erfüllung seines Vertrages gemacht hatte. Die bayer. Pr.-O. (Art. 1229) lässt den Dritten kraft des Gesetzes in die Rechte des ersten Gewährsmannes bezüglich der Gegenleistung treten. Der Entwurf will in das bürgerliche Recht nicht eingreifen. Versagt dieses die Subrogation, so bleibt es bei der Verpflichtung des Gemeinschuldners, die in der Masse rechtlos befindliche Gegenleistung demjenigen, der sie gemacht hat, herauszugeben. Der Dritte kann sich diese Rechte und die etwaigen Konkursforderungen desselben entweder abtreten oder im Wege der Zwangsvollstreckung überweisen lassen."

§ 34.

Das Anfechtungsrecht verjährt in einem Jahre seit der Eröffnung des Verfahrens.

(E.: § 34. M.: 153 ff. K.: 28 und 149.)

1.

Dass für die Geltendmachung der Anfechtung eine besondere Verjährungsfrist festgesetzt wurde, was in den meisten neueren Gesetzgebungen, insbesondere dem französ. Fallimentsgesetz und der pr. K.-O. nicht geschehen ist, wurde in den Motiven (153 ff.) dadurch gerechtfertigt, dass die K.-O. die Rechte der Konkursgläubiger in vollem Umfange schütze, desshalb aber auch die Pflicht bestehe, „denjenigen, welcher der Anfechtung ausgesetzt sei, der Drohung einer solchen nicht auf unbestimmte Zeit zu überliefern." Die Frist von einem Jahre, die den gemeinrechtlichen Bestimmungen über die Verjährung der actio Pauliana entspricht, beginnt mit dem Tage, an welchem das Konkursverfahren eröffnet wird, weil von diesem Tage an das Anfechtungsrecht begründet ist und vom Konkursverwalter ausgeübt werden kann. Die Berechnung der Frist wird hier in der im § 200 C.-P.-O. angegebenen Weise zu erfolgen haben, so dass die Verjährung an dem Tag des auf die Konkurseröffnung folgenden Jahres eintritt, der durch seine Zahl dem Tag der Konkurseröffnung entspricht.[1]) Erfolgt die Eröffnung des Verfahrens (in einem Schaltjahr) am 29. Februar, so endigt die Verjährungsfrist hienach am 28. Februar des folgenden Jahres. (§ 200 C.-P.-O. Abs. 1.) Dagegen wird dieselbe, wenn die Konkurseröffnung am 28. Februar stattgefunden hat, sofern das bürgerliche Recht keine anderen Vorschriften über den Schalttag enthält, auch dann am 28. Februar des nächsten Jahres ablaufen, wenn dieses ein Schaltjahr ist, der Februar also 29 Tage hat.[2])

Fällt der letzte Tag der Frist auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag, so endigt die Frist mit Ablauf des nächstfolgenden Werktags. (§ 200 C.-P.-O. Abs. 2.) Auch wird (nach § 201 C.-P.-O.) der Lauf der Frist durch die Gerichtsferien gehemmt werden, obgleich diese (nach § 204 G.-V.-G.) auf das Konkursverfahren ohne Einfluss sind, denn die Anfechtungsklage ist ausserhalb des Konkursverfahrens nach den allgemeinen Vorschriften der C.-P.-O. zu erheben (Bem. IV. 2 zu § 22) und nicht als Feriensache im Sinne des § 202 Abs. 1 G.-V.-G. anzusehen.

2.

Ist die Verjährung eingetreten, so ist das Anfechtungsrecht, das auf den §§ 23 ff. beruht, wie auch in den Motiven (154) hervorgehoben wurde, erloschen und kann weder auf dem Weg der Klage noch auf dem der Einrede geltend

[1]) V. von Sarwey § 34 Bem. 2 S. 184; von Völderndorff ebendas. Bem. b. II. S. 364.

[2]) A. M. sind von Sarwey (§ 34 Bem. 2 S. 184) und von Völderndorff (ebendas. Bem. b. II. S. 364.) Vom ersteren wird jedoch anerkannt, dass die abweichenden Vorschriften des bürgerl. Rechts bezüglich des Schalttags Geltung behalten.

gemacht werden. Auch die Anfechtung gegen einen Rechtsnachfolger (§ 33) ist selbstverständlich durch die Verjährung ausgeschlossen. „Ob nach Beendigung des Konkurses ein ausserhalb desselben den einzelnen Gläubigern etwa zustehendes Anfechtungsrecht noch ausgeübt werden kann, ist dagegen eine von der Verjährung jenes, durch und für den Konkurs begründeten, Anfechtungsrechts unabhängige, nach dem bürgerlichen Recht sich bestimmende Frage." (M.: 154.)

Vierter Titel.

Aussonderung.

(§§ 35—38.)

Vorbemerkungen.

1.

Dass die Gläubiger ihre Befriedigung nur aus dem Vermögen erhalten können, das ihrem Schuldner gehört, liegt in der Natur der Konkursmasse. (§ 1 Bem. I. 1 und I. 3.) „Der Begriff derselben schliesst fremdes Eigenthum aus. Wenn daher fremde Vermögensstücke bei Eröffnung des Konkurses mit denen des Gemeinschuldners in Beschlag genommen sind, so müssen dieselben wieder ausgeschieden und an die Berechtigten herausgegeben werden." (M.: 154.)

Im gemeinen Recht werden die Personen, welche eine solche Ausscheidung und die Herausgabe der nicht zur Konkursmasse gehörenden Gegenstände verlangen können, „Separatisten ex jure dominii" oder „Vindikanten" genannt und ebenso ist in der pr. K.-O. (§§ 22 ff.) neben dem Ausdruck „Rückforderung" noch die Bezeichnung „Vindikationsansprüche" festgehalten. Diese Terminologie wurde in der K.-O. aufgegeben, weil die Ansprüche der Aussonderungsberechtigten keineswegs auf die eigentliche Eigenthumsklage (rei vindicatio) beschränkt seien, die actio Publiciana vielmehr den Hauptfall bilde, und auch die Vindikation selbständiger dinglicher Rechte, namentlich die das Niessbrauchsrecht schützende confessoria, sowie die hereditatis petitio hierher gehörten, ja die Herausgabe einer dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Sache auch auf Grund eines nur obligatorischen Rechts erfolgen könne. (M.: 154 und 155, Bem. 1 zu § 35.) Der Ausdruck „Rückforderungsansprüche" wurde als ungenau ausgeschlossen, weil in den Fällen der Vindikation die Sache nicht gerade aus dem Besitz des Vindikanten in den des Gemeinschuldners und in die Masse gelangt zu sein brauche, die Vindikation also nicht immer, ja nicht einmal in der Regel, eine Rückforderung sei. (M.: 155 und 156.)

2.

Bezüglich der Behandlung der Ansprüche, welche auf die Ausscheidung der nicht zur Masse gehörigen Gegenstände gerichtet sind, machen sich in den verschiedenen Konkursrechten sehr abweichende Auffassungen geltend. In älterer Zeit zog man im gemeinen Recht die Separatisten ex jure dominii gleich denen

ex jure crediti in den Kreis des Konkursverfahrens, in dem sie die erste Klasse der Gläubiger bildeten, und diese Auffassung ist auch in viele neuere Konkurs-Ordnungen übergegangen. In neuerer Zeit ist aber das gemeine Recht zu der Anschauung des römischen Rechts, die im französischen und englischen Recht von jeher in Geltung war, zurückgekehrt, „dass die Vindikanten vom Konkurse unberührt bleiben.“ (M.: 156.) In der pr. K.-O. (§ 30) war ausdrücklich gesagt: „Das Rückforderungsrecht wird in allen Fällen unabhängig von dem Konkursverfahren gegen den Verwalter der Masse geltend gemacht.“ Von dem in dieser Vorschrift enthaltenen Grundsatz ist man auch bei Aufstellung des Entwurfs ausgegangen: „Das Prinzip ist ohne Zweifel richtig. Solange noch die Sache selbst sich in der Konkursmasse befindet, kann der Anspruch auf ihre Herausgabe durch kein Stadium des Konkursverfahrens beeinträchtigt werden; ebensowenig unterliegt die Geltendmachung des Anspruchs den Formen und Fristen des Konkursverfahrens, noch weniger kann dasselbe die Vindikation der weiter veräusserten Sache gegen den dritten Besitzer ausschliessen. Diese Sätze folgen als nothwendige Konsequenzen aus den oben gedachten Begriffen der Konkursmasse und des Konkursverfahrens. Ebenso folgt aus dem in § 5 fixirten Amt des Konkursverwalters die Nothwendigkeit, dass die Frage: ob die beanspruchte Sache zur Konkursmasse gehört oder nicht, gegen den Verwalter auszufechten, gegen ihn also der Anspruch geltend zu machen ist.“ (M.: 156). Dies im Gesetz selbst auszusprechen wurde für überflüssig gehalten, um so mehr „als auch die formellen Vorschriften über das Konkursverfahren (Buch II.) insbesondere über die Feststellung der Schuldenmasse (Tit. IV.) sich ausdrücklich nur auf die Konkursgläubiger beziehen.“ (M.: 157.)

In Beziehung auf die Art und Weise, in welcher der Aussonderungsanspruch geltend zu machen und auf das Gericht, vor welchem der Streit auszutragen ist, hat es bei den allgemeinen Vorschriften der C.-P.-O. sein Bewenden. Während manche Gesetzgebungen z. B. das französische Fallimentsgesetz (Art. 579), die badische Prozess-Ordnung (§§ 770—772), und die für das Königreich Bayern (§ 1249) die Entscheidung über die streitigen Ansprüche in allen Fällen der Kompetenz des Konkursgerichts überwiesen, wurde in der K.-O. eine solche Vorschrift absichtlich nicht aufgenommen. (M.: 157.)

3.

Bis zu welcher Zeit die Aussonderung verlangt werden kann, ist in der K.-O. nicht ausdrücklich gesagt. Es ergibt sich aber aus der Natur der Sache, wie aus den Vorschriften der §§ 35 („aus der Konkursmasse“) und 38, dass der Anspruch auf den in Frage stehenden Gegenstand nur so lange geltend gemacht werden kann, als sich derselbe in der Masse befindet, und dass im Falle der Veräusserung dem Aussonderungsberechtigten nur ein Recht auf die Gegenleistung bezw. auf Abtretung des Anspruchs auf dieselbe zusteht. Auch wurde in der Einleitung zu diesem Titel (M.: 157) hervorgehoben, dass die Konkurs-Ordnung „die Geltendmachung der Ansprüche durch eine thathsächliche Versilberung des beanspruchten Gegenstands und Vertheilung des Erlöses (§ 159) beschränke.“ (V. auch Vorbem. 2.) Endlich wurde in der Begründung zu § 143 (M.: 376)

ausdrücklich bemerkt: „Für die auf Aussonderung eines Gegenstands aus der Masse sich richtenden Ansprüche ergibt sich das, was für die Masseansprüche im § 159 ausdrücklich festgesetzt ist, schon aus der Natur der Sache. Denn solange der Gegenstand, auf den sich der Aussonderungsanspruch bezieht, in der Masse noch vorhanden ist, eignet sich derselbe nicht dazu, als Objekt einer Vertheilung mit in Betracht zu kommen. Befindet sich derselbe aber, sei es, weil er vom Verwalter versilbert ist, oder in Folge einer anderen Ursache nicht mehr in der Masse, so kann derjenige, der die Aussonderung hätte beanspruchen können, sofern ihm den Konkursgläubigern gegenüber überhaupt ein Anspruch verblieben ist, seine Rechte nur als Massegläubiger oder unter Umständen als Konkursgläubiger geltend machen, so dass alsdann die in Rede stehenden Vorschriften auf ihn gleichfalls Anwendung finden." Wenn der Aussonderungsberechtigte seine Ansprüche nicht rechtzeitig vorbringt, läuft er hienach ebenso wie die anderen Gläubiger Gefahr, dieselben der Konkursmasse gegenüber nicht mehr geltend machen zu können.

4.

Die pr. K.-O. enthält (in § 29) die Vorschrift: „Wenn dem Gemeinschuldner oder der Konkursmasse in Beziehung auf die zurückgeforderte Sache Gegenforderungen wegen Auslagen, Verwendungen, Abschlagszahlungen, oder aus einem anderen Grunde zustehen, so kann die Herausgabe nur gegen Befriedigung der Gegenforderungen verlangt werden." Diese Bestimmung, die eine Generalisirung des Art. 579 C. com. bezw. Art. 576 des franz. Fallimentsgesetzes enthält, und auch in andere Konkurs-Ordnungen übergegangen ist, wurde aber in die K.-O. nicht aufgenommen, und es wurde dies in den Motiven (157) in folgender Weise gerechtfertigt: „Durch diese Vorschriften soll nicht etwa dem Rückfordernden der Ersatz jeder von dem Gemeinschuldner oder dem Verwalter verausgabten Summe oder übernommenen Leistung auferlegt, oder dem Verwalter die Befugniss zur Retention wegen Forderungen gewährt werden, die in keiner Beziehung zu der zurückgeforderten Sache stehen, — die Vorschriften sprechen vielmehr nur aus, dass, sofern das bürgerliche Recht dem Zurückfordernden den Ersatz einer Gegenforderung für die Sache auferlegt, er die Herausgabe derselben nur gegen Berichtigung dieser Forderung erlangen könne. Ein solches Retentionsrecht steht dem Verwalter aber schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu, auch ohne besondere Vorschrift." [1]) Es entscheiden also bezüglich dieser Frage lediglich die Vorschriften des bürgerlichen Rechts.

§ 35.

Die Ansprüche auf Aussonderung eines dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstandes aus der Konkursmasse auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechts

[1]) V. Wentzel und Klose zu § 29 pr. K.-O. S. 120.

bestimmen sich nach den ausserhalb des Konkursverfahrens geltenden Gesetzen.

(E.: § 35. M.: 157 ff. K.: 28 ff., 127 ff., 162 und 172 ff., pr. K.-O.: §§ 22, 24, 25.)

1.

Nach der Vorschrift des § sind im Allgemeinen die „ausserhalb des Konkursverfahrens geltenden Gesetze," also das bürgerliche Recht, bezw. Handelsrecht bezüglich der Frage massgebend, ob ein Aussonderungsrecht begründet ist. „Der Berechtigte macht die Ansprüche gegenüber der Konkursmasse nach demjenigen Recht geltend, das massgebend sein würde, falls der Gemeinschuldner nicht in Konkurs gerathen wäre." (M.: 158.) Die Frage, ob der Gemeinschuldner Eigenthümer der beanspruchten Sache ist, muss also nach dem am Ort der belegenen Sache geltenden Recht beurtheilt werden. Dass sich zufolge dieses Grundsatzes in den einzelnen Ländern die Aussonderungsansprüche ganz verschieden gestalten werden, wurde hiebei vorausgesehen, ja gewollt. In dieser Beziehung wurde in den Motiven (158) gesagt: „Es liegt nicht in der Aufgabe einer Konkurs-Ordnung, die Verschiedenheiten auszugleichen, welche die einzelnen Landesrechte in den Bestimmungen über den Eigenthumserwerb beweglicher und unbeweglicher Sachen, über Cession von Forderungen, über die Befugniss zur Vindikation u. s. w. enthalten. Bei diesen Verschiedenheiten des bürgerlichen Rechts muss es auch für den Konkurs bewenden. Das in jedem Rechtsgebiet geltende allgemeine Recht tritt ein." Dass es zur Begründung eines Aussonderungsanspruches nicht nothwendig ist, dass demjenigen, der einen solchen Anspruch erhebt, das Eigenthum an der betreffenden Sache zusteht, wurde bereits oben (Vorbem. 1) bemerkt. Es ist vielmehr nur erforderlich, dass der Gegenstand „nicht dem Gemeinschuldner gehört" und dass ein (dinglicher oder persönlicher) Anspruch auf Herausgabe der fremden Sache nach dem bürgerlichen Recht begründet ist. „Der Anspruch gründet sich entweder auf ein Eigenthum an dem zu gewährenden Gegenstand, — die Publiciana, die confessoria und die hereditatio petitio sind nicht ausgeschlossen, — oder der Anspruch verfolgt die Rückgabe des Gegenstandes auf Grund eines persönlichen Rechts. Das gemeinsame Kriterium liegt darin, dass der Gegenstand ein fremder ist, und dem Gemeinschuldner nicht gehört. Soweit der persönliche Anspruch die Rückgabe eines solchen dem Gemeinschuldner anvertraut gewesenen Gegenstandes betrifft, richtet er sich nicht gegen das Vermögen des Gemeinschuldners, und ist daher trotz seiner obligatorischen Natur kein Konkursanspruch. Auch können die Eigenthumsansprüche mit einem obligatorischen Verhältnisse konkurriren (M.: 157 und 158).

2.

Dass das bürgerliche Recht nicht in allen Beziehungen ausreiche, sondern besondere konkursrechtliche Bestimmungen erforderlich seien, wurde bei Aufstellung des Entwurfs nicht verkannt. Für diese besonderen Vorschriften soll aber, wie schon aus dem Wortlaut des § 35 und aus § 4 E.-G. hervorgeht, nicht das bisherige Konkursrecht, sondern lediglich die Konkurs-Ordnung massgebend

sein. „Die Sonderbestimmungen fallen in den Bereich der Konkurs-Ordnung. Diese lässt für den Konkurs Abweichungen vom allgemeinen Recht nur zu: in Ansehung der Verkäufer (§ 36) und der Ehefrau des Gemeinschuldners (§ 37) und gewissermassen in Ansehung des noch ausstehenden Erlöses der zu beanspruchenden Sachen (§ 38). Alle übrigen zur Zeit noch bestehenden Sonderbestimmungen werden beseitigt.“ (M.: 158.)

Von einer Zusammenstellung der aufgehobenen konkursrechtlichen Bestimmungen im Gesetz selbst wurde aus naheliegenden Gründen abgesehen. Es ist Sache der Gerichte, im einzelnen Fall zu entscheiden, ob die landesrechtliche Vorschrift, auf Grund deren ein Aussonderungsanspruch erhoben wird, dem allgemeinen Recht angehört, d. h. auch dann geltend gemacht werden könnte, wenn der Gemeinschuldner nicht in Konkurs gerathen wäre, oder ob es sich um eine Sonderbestimmung für den Konkurs handelt.

Als die hauptsächlichsten Sonderbestimmungen, die ihre Geltung verlieren, wurden in den Motiven (158 ff.) bezeichnet:

1. Die Vorschrift der Hamburger Falliten-Ordnung (Art. 27 Nr. 3), nach welcher „demjenigen, der einem Fallito binnen 8 Tagen vor seinem Austritt Gelder zum Verwechseln hingegeben, ohne ihm selbige auf Zeit anzuvertrauen, soviel beim Ausbruch des Falliments von derselben Münzsorte sich in natura in des Falliten Cassa befinde, wieder zuzustellen sei“ und eine ähnliche Vorschrift der bayer. Prioritäts-Ordnung (§ 2). In dieser Beziehung wurde für die betr. Gebiete eine Abänderung des gemeinen Rechts, das die Abforderung des Geldes davon abhängig mache, dass es noch unvermischt in der Konkursmasse befindlich sei, nicht für nothwendig gehalten, und bemerkt, dass im Gebiet des preuss. und französ. Rechts schon die gegenwärtigen Konkursgesetze von Sonderbestimmungen absehen;

2. die Vorschrift der pr. K.-O. (§ 24), nach welcher Wechsel, Handelspapiere und andere Urkunden über Forderungen, welche dem Gemeinschuldner nur behufs der Realisirung oder mit der ausdrücklichen Bestimmung übermacht worden sind, dass sie zur Deckung gewisser, bei der Ueberwachung bezeichneter künftiger Zahlungen dienen sollen, zurückgefordert werden können, wenn sie zur Zeit der Konkurseröffnung noch unbezahlt bei dem Gemeinschuldner oder bei einem Dritten vorhanden sind, welcher sie für den Gemeinschuldner besitzt. (V. auch Art. 383 C. com., Art. 247 des bad. Handelsges., Art. 574 des franz. Fallimentsges. von 1838.) In dieser Beziehung wurde, soweit es sich um ein blosses Auftragsverhältniss handelt, eine Spezialbestimmung für überflüssig gehalten, weil der Gemeinschuldner nicht Eigenthümer der betr. Wechsel u. s. w. geworden und der Konkursverwalter an Stelle des Gemeinschuldners nach allen bürgerlichen Rechten dem Kontrahenten gegenüber zur Rückgabe verpflichtet sei (Bem. 3). Dagegen wurde die Vorschrift, soweit eine Vorleistung auf eine von dem Gemeinschuldner bedungene Gegenleistung in Frage steht, verworfen, weil nach dem in § 21 aufgestellten Grundsätzen (Bem. II. 1 zu diesem §) die Rückforderung der als Zahlung bezw. zur Deckung hingegebenen Wechsel ausgeschlossen sei;

3. die Vorschrift des § 25 pr. K.-O. (v. auch C. com. Art. 581, franz. Fallimentsges. Art. 575, bad. Handelsges. Satz 245, bayer. Prioritäts-Ordnung § 3 Nr. 2),

nach welcher „Waaren und andere Gegenstände, welche dem Gemeinschuldner zum Verkauf in Kommission gegeben sind, zurückgefordert werden können, sofern dieselben zur Zeit der Konkurseröffnung bei dem Gemeinschuldner oder bei einem Dritten, der sie für den Gemeinschuldner besitzt, in Natur unterscheidbar vorhanden sind.“ Diese Vorschrift wurde als mit dem Art. 376 und 377 H.-G.-B. nicht völlig vereinbar bezeichnet, und noch weiter bemerkt, dass das Bedürfniss, dem Kommittenten die Einforderung des ausstehenden Kaufpreises von dem Dritten, dem Käufer, zu sichern, jetzt durch Art. 368 H.-G.-B. befriedigt sei, und was die Konkursverhältnisse betreffe, in der allgemeinen Vorschrift des § 38 seine Erledigung finde.

Bezüglich der Einkaufskommission wurde in den Motiven (161 und 162) hervorgehoben, dass die Frage, ob der Kommissionär das Eigenthum an den von ihm gekauften Sachen für sich oder für den Kommittenten erworben habe, in der Regel nach Art 376 H.-G.-B zu beurtheilen sein werde, sofern dieser Art. nicht zur Anwendung komme, aber gleichfalls das bürgerliche Recht entscheidend sei.

Auf die Frage, welche Vorschriften der Landesgesetze dem allgemeinen bürgerlichen Recht angehören, und welche als Sonderbestimmungen anzusehen und desshalb aufgehoben sind, kann nicht näher eingegengen werden. Es ist jedoch hervorzuheben, dass die Ausführungen in den Motiven, welche nur einzelne Beispiele geben, nach keiner Richtung hin als bindend angesehen werden können, sondern bei jeder einzelnen Vorschrift zu untersuchen ist, welche Natur sie hat. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die betr. Gesetzgebung bei Gelegenheit des Konkurses eine bestimmte Regel über die Eigenthumsverhältnisse aufstellt, die sich desshalb doch als Folgerung aus den Grundsätzen des allgemeinen bürgerlichen Rechts darstellen kann, oder ob dies an anderer Stelle geschieht, sondern nur darauf, ob die in Frage stehende Vorschrift das Eigenthum regelt, oder ob sie die Aussonderung gestattet, obgleich der betr. Gegenstand dem Gemeinschuldner gehört.[1])

Da das Gesetz nicht von „Sachen“ sondern von „Gegenständen“ spricht (Bem. 3 zu § 38 und Vorbem. zu Tit. V.), unterliegt es keinem Zweifel, dass auch Gesammtheiten von Sachen (universitates rerum distantium) und Rechte der Aussonderung unterliegen. Auch auf Forderungen, die der Konkursverwalter für die Masse geltend machen will, bezüglich deren aber ein Dritter behauptet, Gläubiger zu sein, muss § 35 zur Anwendung kommen.[2])

3.

In der Reichstagskommission stellte Goldschmidt den Antrag, hinter § 35 als § 35 a. einzufügen: „Wechsel, Handelspapiere und andere Urkunden, welche

[1]) V. von Sarwey § 35 Bem. 6 S. 190 ff.

[2]) V. von Völderndorff § 35 Bem. II. Bd. I. S. 372 ff. Das pr. Obertribunal hatte am 23. März 1869 (Striethorst Bd. 74 Nr. 28 S. 158) entschieden, unter den in des §§ 22 und 44 aufgeführten „Sachen“ seien nur körperliche Sachen zu verstehen. Aber gerade mit Rücksicht auf diese Praxis wurde die Fassung geändert.

dem Gemeinschuldner nur behufs der Einziehung oder mit der Bestimmung übertragen worden sind, dass sie zur Sicherung gewisser, bei der Uebertragung bezeichneter, künftiger Zahlungen dienen sollen, können zurückgefordert werden, wenn sie zur Zeit der Konkurseröffnung noch unbezahlt bei dem Gemeinschuldner oder bei einem Dritten vorhanden sind, welcher sie für den Gemeinschuldner besitzt", und bemerkte hiezu, sein Antrag stimme im Wesentlichen mit § 24 pr. K.-O. überein, nur habe er den Ausdruck „übermacht" durch „übertragen" ersetzt, und die Fälle ausgeschieden, wo das Papier „zur Deckung" nicht zur blossen Sicherung übergeben worden sei. (V. Bem. 2.) Dieser wiederholt gestellte Antrag, dessen Nothwendigkeit u. A. dadurch begründet wurde, dass das R.-O.-H.-G. annehme, ein in gewöhnlicher Weise girirter Wechsel gehe, obgleich er nur zu Inkassozwecken begeben werde, in das Eigenthum des Empfängers über, wurde aber abgelehnt,[1] nachdem die Regierungskommissäre denselben als theils überflüssig, theils gefährlich bezeichnet hatten, und bemerkt worden war, „das R.-O.-H.-G. habe nie entschieden, dass der Inkassogiratar dritten Personen gegenüber als Eigenthümer des Wechsels anzusehen sei; auf das Verhältniss zwischen Indossataren und Indossant beziehe sich die fragliche Entscheidung nicht.[1]) Dieses Verhältniss werde durch die lediglich formale Uebertragung oder Cession nicht berührt, vielmehr komme Alles auf die materielle Ursache der Uebertragung an." (K.: 28 ff.; 227 ff.; 163 ff.) Da allgemeine Uebereinstimmung darüber bestand, dass in den angeführten Fällen ein Aussonderungsanspruch begründet sei, und die Differenz sich nur darauf erstreckte, ob der Entscheidung des R.-O.-H.-G. wirklich die ihm beigelegte Tragweite zukomme und ob nicht durch Aufnahme eines derartigen § Missverständnisse entstehen könnten, wurde schliesslich als die übereinstimmende Ansicht der Kommission und der Regierungsvertreter zu Protokoll konstatirt: „Durch § 35 soll nicht ausgeschlossen sein die Zurückforderung von Wechseln und anderen durch Indossament übertragbaren Urkunden aus der Konkursmasse, sofern sie dem Gemeinschuldner nur behufs der Einziehung oder mit der Bestimmung übertragen worden sind, dass sie nur zur Sicherstellung des Gemeinschuldners dienen sollen, obwohl das Indossament den Zusatz „zur Einziehung", „zur Sicherung"

[2]) Bei dieser Frage kommen die Entscheidungen des R.-O.-H.-G. vom 20. Dez. 1870, 2. Dez. 1871 und 9. April 1872 (Entscheid. Bd. I. Nr. 49 S. 170 ff., Bd. IV. Nr. 38 S. 191 ff., und Bd. VI. Nr. 10 S. 44 ff.) in Betracht, in welchen entschieden ist, der Wechselschuldner könne gegenüber der Klage des Indossatars auch dann keine Einreden gegen die Person des Indossanten geltend machen, wenn er zugleich behaupte, es liege in Wirklichkeit ein blosses Prokura-Indossament vor und es sei die Indossirung nur vorgenommen worden, um die in Frage stehenden Einreden abzuschneiden. In dem letzten Urtheil ist die Literatur ausführlich zusammengestellt. In demselben Sinne wie das R.-O.-H.-G. sprechen sich aus: Thöl, Handelsrecht Bd. II. § 247 S. 412 ff., und eine Reihe von Entscheidungen in Seufferts Archiv (Bd. 12 Nr. 190 S. 255, Bd. 18 Nr. 163 S. 265 ff., Bd. 25 Nr. 273 S. 426 ff. Die Zulässigkeit der Einrede wird dagegen angenommen in Seufferts Archiv Bd. 19 Nr. 65 S. 65 ff. und Bd. 22 Nr. 265 S. 250 ff., ferner im Archiv für Wechselrecht Bd. 14 S. 246 ff. und Bd. 15 S. 113 ff., insbes. S. 163.

oder eine ähnliche beschränkende Klausel nicht enthält." Die von den Regierungsvertretern geltend gemachte Ansicht muss übrigens auch als richtig angesehen werden. Die Wechsel-Ordnung regelt bloss die wechselmässigen Befugnisse und Verpflichtungen und wenn nach der W.-O. der Indossatar, sofern dem Giro eine Beschränkung nicht ausdrücklich beigefügt wurde, Dritten und namentlich dem Wechselschuldner gegenüber unbedingt als Eigenthümer gilt, so folgt daraus nicht, dass er auch dem Indossanten gegenüber als Eigenthümer gelten muss. Vielmehr ist für das materiellrechtliche Verhältniss zwischen dem Indossanten und Indossatar die dem Indossament zu Grund liegende causa entscheidend. Liegt nach dieser bloss ein Prokura- oder Inkasso-Indossament vor, so kann der Indossant vom Indossatar jederzeit die Rückgabe des Wechsels verlangen und muss diesem gegenüber und folgeweise auch der Konkursmasse gegenüber, soweit es sich um das rein civilrechtliche Verhältniss handelt, als Eigenthümer angesehen werden. Der Indossatar ist nicht anders gestellt, als der Besitzer eines Inhaberpapieres, der Dritten gegenüber als Eigenthümer gilt, aber denjenigen als Eigenthümer anerkennen muss, der ihm das Papier zur Aufbewahrung anvertraut hat.[1])

§ 36.

Der Verkäufer oder Einkaufskommissionär kann Waaren, welche von einem anderen Orte an den Gemeinschuldner abgesendet und von dem Gemeinschuldner noch nicht vollständig bezahlt sind, zurückfordern, sofern nicht dieselben schon vor der Eröffnung des Verfahrens an dem Orte der Ablieferung angekommen und in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer anderen Person für ihn gelangt sind.

Die Bestimmungen des § 15 finden Anwendung.

(E.: § 36. M.: 162 ff. K.: 32 ff., pr. K.-O. §§ 26 und 27.)

[1]) V. hierüber ein Urtheil des O.-A.-G. Lübeck vom 18. Dez. 1856 in Seufferts Archiv Bd. 12 Nr. 67 S. 92 ff., ferner Thöl § 318 S. 742 und 744, wo auf den Unterschied zwischen dem Verhältniss des Indossatars zum Indossanten und dessen Stellung zum Wechselschuldner hingewiesen wird; ferner Hoffmann im Archiv für Wechselrecht Bd. 14 S. 246. A. M. scheint Renaud S. 142. Goldschmidt sagt in seiner Abhandl. über den Erwerb dingl. Rechte an Mobilien in der Zeitschr. für Handelsr. Bd. VIII. S. 326, dass der Aussteller, Remittent oder Indossatar eines Wechsels, welcher den Wechsel zwar durch eigentliches Indossament aber ohne Absicht der Eigenthumsübertretung begeben habe, Eigenthümer des Wechsels sei. Dagegen bemerkt er S. 342: Art. 74 W.-O. enthalte nicht bloss eine Beschränkung der Vindikation, sondern eine vollständige Theorie des Eigenthums an der Wechselurkunde.

I.
Allgemeine Bemerkungen.

1.

Während dem Käufer, der zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Verkäufers noch nicht in den Besitz der von ihm gekauften Sache gelangt ist, nur nach dem in Bremen geltenden Rechte eine Sonderstellung eingeräumt ist und unter gewissen Verhältnissen das Recht zusteht, die Herausgabe dieser Sache vom Konkursverwalter zu verlangen, wurde durch zahlreiche Vorschriften, die in den Motiven (S. 162 ff.) zusammengestellt sind, dem Verkäufer die Befugniss gewährt, eine an den Gemeinschuldner veräusserte, noch nicht bezahlte, Sache aus dessen Konkurs zurückzufordern. Alle für den Konkurs geltenden besonderen Vorschriften dieser Art, welche Ausnahmen von den allgemeinen Vorschriften über die Vindikation und den Erwerb des Eigenthums bezw. die rechtliche Wirkung eines gültigen Vertrags bilden (M.: 163), werden nun durch die Konkurs-Ordnung bezw. durch das Einf.-Ges. zu derselben (§ 4) aufgehoben und es kann ein solches Rückforderungsrecht fernerhin nur geltend gemacht werden, wenn es sich um einen „dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstand“ handelt, und „nach den ausserhalb des Konkursverfahrens geltenden Gesetzen“ ein Aussonderungsanspruch begründet ist (§ 35), oder wenn die Ausnahmevorschrift des § 36 zur Anwendung kommt. Soweit die Voraussetzungen dieses § nicht vorliegen, steht der Verkäufer, der aufgehört hatte, Eigenthümer der verkauften Sache zu sein, dem Käufer gleich, der das Eigenthum an der gekauften Sache noch nicht erworben, und „hat, wie jeder andere Konkursgläubiger, gegen den Gemeinschuldner nur eine persönliche Forderung.“ (M.: 164.) Dass im Gebiet des französischen Rechts der Verkäufer auf Grund des Art. 2102 Nr. 4 C. c. kein Aussonderungsrecht in Anspruch nehmen kann, wurde bereits früher auseinandergesetzt. (Bem. IV. 2 zu § 21.)

2.

Ein besonderes Verhältniss besteht, wenn die Waaren „aus der Fremde verschrieben und noch unterwegs waren, als der Konkurs ausbrach“ und es ist, wie in den Motiven (164) bemerkt wurde, „das Recht des Verkäufers, in diesem Falle die unbezahlten Waaren zurückzufordern (right of stoppage in transitu, droit de suite) bei allen Handelsvölkern alt hergebracht“.[1]) Dass auch die K.-O. ungeachtet der gegen eine derartige Begünstigung des Verkäufers bestehenden Bedenken dieses Recht anerkannt, wurde in den Motiven (165) einmal dadurch, dass fast alle Rechtsgebiete Deutschlands, in denen nicht schon die Vindikation

[1]) Bezüglich dieses Rechts, das in England, Frankreich, Spanien, Holland und Belgien Anerkennung gefunden hat, und das auch die pr. K.-O. (§§ 26 und 27) aufrecht erhielt — nur in der östr. Konkurs-Ordnung fehlt dessen Anerkennung — ist besonders zu vergleichen die ausführliche Darlegung der geltenden Grundsätze in dem Erkenntniss des R.-O.-H.-G. vom 7. Juni 1872, Entscheid. Bd. 6 Nr. 69 S. 258 ff.

nach allgemeinen Prinzipien oder weitergehenden Sonderbestimmungen statthaft ist, das Institut als bestehendes Recht haben, also nicht die Einführung eines fremden, sondern die Beibehaltung geltenden Rechts in Frage steht, sodann aber durch die ausnahmsweise, aus der Natur des in Rede stehenden Geschäfts entspringende, Lage des auswärtigen Verkäufers gerechtfertigt. In letzterer Beziehung wurde insbesondere bemerkt: „Wenn sonst ein gegenseitiger Vertrag, insbesondere ein Kaufgeschäft, nur Zug um Zug zu erfüllen ist, und eine Vorleistung des Verkäufers, ein Kreditiren des Kaufpreises, auf dessen freiem Willen beruht, so ist derjenige, welcher Waaren nach anderen Orten verkauft, in der Regel genöthigt, seine Sache aus der Hand zu geben und dennoch auf die Zahlung des Preises so lange zu warten, bis der Käufer die Sache in Empfang genommen hat, — auch wenn eine besondere Kreditfrist nicht bewilligt worden ist. Sofortige Zahlung des Preises bei Abschluss des Handels wird, wenn nicht der Käufer schon an Ort und Stelle die Waare abnimmt, eine Seltenheit bilden; auf sie die umsichtige Verkehrswelt zu verweisen, würde einen Hauptzweig des Handels lahm legen. Kann der Verkäufer die Waare nicht bis zur Zahlung zurückhalten, so muss, wenn der Konkurs die Zahlung in Frage stellt, die Waare ihm gesichert bleiben."

II.

Voraussetzungen der Anwendung des §.

1.

Gegenstand des Kaufs.

Die Vorschrift des § soll „auf jegliche Waare, auf jede einem Handelsverkauf und der Versendung unterworfene Sache" (M.: 165) Anwendung finden. Als Waaren werden zwar im Allgemeinen bewegliche Sachen nur dann bezeichnet, wenn sie den Gegenstand eines eigentlichen Handelsgeschäfts bilden.[1]) In § 36 ist aber das Wort offenbar in einem weiteren Sinne verstanden und kann es desshalb nicht darauf ankommen, ob ein Handelsgeschäft in Frage steht, sondern nur darum, ob die betr. Sache Gegenstand eines solchen Geschäfts sein kann. Es wird zwar, wenn § 36 angerufen wird, meistens ein Handelsgeschäft vorliegen und entweder der Verkäufer oder der Käufer Kaufmann im Sinne des H.-G.-B. sein. Nothwendig ist dies aber keineswegs. Vielmehr können die Voraussetzungen des § auch dann vorliegen, wenn keiner der Vertragsschliessenden Kaufmann ist, z. B. wenn ein Ackersmann, oder Bergwerksbesitzer Getreide, Kartoffeln, Obst, Kohlen u. s. w. an einen Nichtkaufmann übersendet, oder ein Gutsbesitzer sich von einem anderen oder von einem Handwerker Holz, Möbel u. s. w. schicken lässt. In allen derartigen Fällen wird § 36 zur Anwendung gebracht werden können.[2])

[1]) V. Goldschmidt, Handelsrecht Bd. I. S. 508 ff.; Hahn, Kommentar zum H.-G.-B. Art. 271 §§ 3 und 4 Bd. II. S. 4; Endemann, Handelsrecht § 74 S. 366; Thöl, Handelsrecht § 12 Bd. I. S. 70 ff.; Brinkmann, Handelsrecht § 4 S. 9 ff.; Treitsche, Kaufkontrakt § 1 S. 1 ff.

[2]) A. M. ist von Sarwey, der (§ 36 Bem. 3 S. 212) sagt, durch den Ausdruck „Waare" sei die Beschränkung auf solche Käufe ausgesprochen, welche nach handelsrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilen, oder Handelsgeschäfte seien. Auch von Völderndorff geht von der Auffassung aus, dass grundsätzlich ein Handelskauf vor-

Jedenfalls ist es nicht erforderlich, dass gerade der Käufer oder der Verkäufer Kaufmann ist, oder ein Handelsgeschäft abgeschlossen hat.

Im Code de commerce (Art. 580) und im bad. Handelsgesetz (Satz 244) ist ausdrücklich vorgeschrieben, dass die Identität der vindizirten Waaren mit den verkauften feststehe, dass diese „en nature et quantité n'ont subi ni changement ni altération," und dass weder die ursprüngliche Verpackung geändert wurde, noch die Stricke oder Zeichen geändert oder abgemacht worden sind. Von einer derartigen Vorschrift wurde bei Aufstellung des Entwurfs absichtlich Umgang genommen und dies in den Motiven (167 und 168) in folgender Weise begründet: „Die Nothwendigkeit, die Identität der Waare nachzuweisen, versteht sich von selbst; die Identität ist nicht vorhanden, wenn die Waare denaturirt, z. B. aus den Fellen Leder gemacht ist, dagegen wohl vorhanden, wenn die Waare alterirt, z. B. der Wein zu Essig geworden ist. Etwas Anderes als die Identität wird aber nicht verlangt werden dürfen; die weiteren Beschränkungen sichern nicht Kredit, sie bieten vielmehr dem Gemeinschuldner die Handhabe, nach Belieben den einen Verkäufer zu begünstigen, indem er die Fässer unberührt lässt, und den anderen zu benachtheiligen, indem er nichts weiter zu thun braucht, als die Stricke zu lösen. Die Bestimmung des Code hat daher schon das französ. Fallimentsgesetz fallen gelassen."

2.

Absendung von einem andern Ort.

Damit § 36 zur Anwendung kommen kann, wird vorausgesetzt, dass die betr. Waare dem Gemeinschuldner von einem anderen Orte aus zugesandt wurde, und zwar ist dies, wie schon aus dem Grund des Gesetzes (Bem. I. 2) hervorgeht, so zu verstehen, dass die Versendung von dem Verkäufer oder Einkaufskommissionär oder einem Vertreter derselben vorgenommen wurde. „Die Vorschrift findet nicht Anwendung auf Platzgeschäfte, also den Fall, dass zufolge des Vertrages die Waare an Ort und Stelle dem Käufer oder einem Vertreter desselben übergeben werden sollte, wenn auch demnächst der Käufer die Waare an einen anderen Ort transportiren wollte und transportirt hat; — sie soll vielmehr nur Anwendung finden auf den Fall, dass die Waare nach Inhalt des Kaufgeschäfts dem Käufer von einem anderen Orte übersendet werden sollte, aber auf diesen Fall ohne Unterschied, ob der Wohn- oder Geschäftsort des Verkäufers oder der Ort, an dem die Sache sich befand, oder der Ort, wohin der Transport geschieht, für die Verbindlichkeit des Käufers als Ort der Erfüllung gilt, ohne Unterschied, ob der Verkäufer zufolge eigener Verpflichtung oder zufolge ausdrücklichen, stillschweigenden oder gesetzlichen Auftrags des Käufers die Sache dem Spediteur, Frachtführer, Schiffer oder der den Transport sonst bewirkenden Person übergeben hat, ohne Unterschied, ob der Transport auf Gefahr oder auf Kosten des Verkäufers oder des Käufers erfolgt (Art. 324, 342,

liegen müsse, will aber den § auch dann zur Anwendung bringen, wenn zwar ein eigentliches Handelsgeschäft nicht vorliegt, das Objekt des Kaufs sich aber als „Waare" darstellt. V. § 36 Bem. c. Bd. II. S. 389 ff.

344, 345 H.-G.-B.) und ohne Unterschied, ob der Verkäufer des Gemeinschuldners die Waaren abgesandt hat, oder ein Rechtsvorgänger, ein Verkäufer des Ersteren, — ohne Unterschied endlich, ob der Absender Verkäufer oder Einkaufskommissionär des Gemeinschuldners ist." (M.: 166.) Dass auch der Einkaufskommissionär das Rückforderungsrecht ausüben kann, wurde, „obgleich der Sache nach ein Zweifel füglich nicht erhoben werden kann", wegen der Häufigkeit der Einkaufskommissionen und mit Rücksicht darauf ausdrücklich im Gesetz ausgesprochen, „dass nach Art. 376 H.-G.-B. der Einkaufskommissionär, welcher nicht ausdrücklich als Selbstverkäufer auftritt, oder in Anspruch genommen wird, streng genommen nicht Verkäufer ist, und der dritte, nicht benannte, Verkäufer desselben nach Art. 360 Abs. 2 keine Rechte gegen den Kommittenten erlangt, bei strenger Wortauslegung also keiner von beiden das Rückforderungsrecht würde ausüben können." (M.: a. a. O.)

3.

Nichtbezahlung des Kaufpreises.

Das Rückforderungsrecht kann nur dann ausgeübt werden, wenn die in Frage stehenden Waaren noch nicht vollständig bezahlt sind, doch kommt es nicht darauf an, ob ein grösserer oder geringerer Theil des Kaufpreises rückständig ist, und ebenso ist es gleichgültig, aus welchem Grunde die Zahlung noch nicht erfolgt ist. Auch wenn dem Gemeinschuldner Kredit bewilligt wurde und der Zeitpunkt der Zahlung noch nicht eingetreten ist, findet die Vorschrift des § Anwendung. Wurden dem Verkäufer Wechsel gegeben, so kommt es darauf an, ob diese als Zahlung angenommen wurden, was im Zweifel nicht zu vermuthen ist, oder ob die Forderung erst durch Eingang des Wechsels getilgt werden sollte. Im letzteren Falle kann der Gläubiger das Rückforderungsrecht ausüben, wenn die Wechsel nicht eingingen, er also in Wirklichkeit eine Zahlung nicht erhalten hat. (V. Bem. I. 3 zu § 15 Anm. 1.)

4.

Voraussetzung der noch nicht erfolgten Ablieferung.

Das Rückforderungsrecht kann nur ausgeübt werden „sofern die unbezahlten Waaren zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens noch auf dem Transport befindlich oder, wenn schon angekommen, noch nicht thatsächlich an den Gemeinschuldner abgeliefert waren." (M.: 166.) War die Ablieferung zur Zeit der Konkurseröffnung bereits erfolgt, so ist die Anwendung des § auch dann ausgeschlossen, wenn dieselbe zur Zeit der Zahlungseinstellung noch nicht bewirkt war.[1]) Dagegen ist das Rückforderungsrecht, wenn dies nicht der Fall war, definitiv erworben und kann dadurch, dass sich der Konkursverwalter nachträglich in den Besitz der Sachen setzt, nicht mehr beseitigt werden. (M.: a. a. O.) Ein von Frankenburger gestellter Antrag, statt „vor der Eröffnung des Ver-

[1]) Nach französischem Recht, das die Eröffnung des Falliments auf den Zeitpunkt der Zahlungseinstellung verlegt, ist diese auch für die Frage der Rückforderung auf Grund des Art. 576 entscheidend. Renouard II. Nr. 12 S. 370.

fahrens" zu setzen „am Tage vor der Stellung des Antrags auf Eröffnung des Verfahrens", den Regierungskommissär Hagens entschieden bekämpfte, wurde von der Reichstagskommission abgelehnt. (K.: 33.) Bezüglich der Frage, wann die Ablieferung als vollzogen gilt, hatte die pr. K.-O. (§ 26), um den im französischen Recht (Art. 576 Fall.-Ges.) wegen der Bezeichnung „magasin" entstandenen Streitigkeiten aus dem Weg zu gehen,[1]) gesagt, die Waaren dürften noch nicht abgeliefert sein „in das Waarenlager oder in einen anderen Aufbewahrungsort des Gemeinschuldners oder eines Dritten, welcher den Auftrag hat, sie zur Verfügung des Schuldners zu halten." Dem schliesst sich die K.-O. an, in welcher nur dem juristisch-technischen Wort, „Gewahrsam" der Vorzug vor der Ausdrucksweise der pr. K.-O. gegeben wurde. Hienach kommt es nicht darauf an, an welchem Orte und durch wen der Gemeinschuldner den Besitz ausübt, sondern ist nur der Umstand entscheidend, ob der Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung thatsächlich im Besitz der Waaren war. „Es muss nicht bloss die Uebergabe der Waare an einen Verkaufskommissionär des Gemeinschuldners, sondern auch an einen Spediteur, an einen Pfandgläubiger, sowie überhaupt an jeden Dritten, der den Besitz für den Gemeinschuldner ausübt, die Rückforderung ausschliessen." (M.: 167.)

Die Frage, ob die Waare bereits in den Besitz des Gemeinschuldners gekommen war, ist übrigens nur dann von Bedeutung, wenn diese zur Zeit der Konkurseröffnung überhaupt schon am Ort der Ablieferung angekommen ist, denn wenn die Waare sich noch auf dem Transport befindet, kommt § 36, wie schon der Wortlaut des Gesetzes („und") ergibt, immer zur Anwendung. Gerade weil man in vielen Fällen sagen kann, derjenige, der den Transport leite (der Schiffer, Fuhrmann, die Eisenbahnverwaltung u. s. w.), übe von einem gewissen Zeitpunkt an den Gewahrsam nicht für den Verkäufer, sondern für den Käufer aus, und es beginne z. B. dessen Besitz in dem Augenblick, in dem der Verkäufer den Ladeschein oder das Konnossement aus den Händen gegeben, wurde die Fassung der pr. K.-O. geändert, bezw. ein Zusatz zu derselben gemacht. Auch wurde in den Motiven (167) ausdrücklich bemerkt: „Diese Zweifel werden gehoben durch die Bestimmung des Gesetzes, dass die Rückforderung in allen Fällen stattfindet, wenn das Frachtgut noch nicht am kontraktlichen Ablieferungsort angekommen war. Hienach wird die Rückforderung auch dadurch nicht ausgeschlossen, dass der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung ein auf Ordre lautendes Konnossement übergeben erhalten hatte." Nur wenn die Waare an dem Orte, an dem sie sich befindet, dem Käufer selbst oder einem zur Empfangnahme (nicht zur Uebernahme des Transports) speziell beauftragten Bevollmächtigten desselben übergeben und sodann in dessen Auftrag einem Spediteur, bezw. der Eisenbahn u. s. w. ausgeliefert wird, kann § 36 keine Anwendung finden, weil dann ein Platzgeschäft vorliegt, bezw. sich das ursprünglich nicht als solches abgeschlossene Geschäft in ein solches verwandelt.[2])

[1]) V. hierüber Boulay-Paty Nr. 700 ff.; Rénouard zu Art. 576 Bd. II. S. 383 ff.

[2]) V. von Sarwey § 36 Bem. 4 S. 213. Das R.-O.-H.-G. hat in einem Urtheile vom 19. Jan. 1877 (Entscheid. Bd. 22 Nr. 16 S. 68 ff.) die Frage, ob die Weisung des

III.
Inhalt und Wirkung des Rückforderungsrechts.

1.

Während nach der im französischen Recht geltenden Theorie das Rückforderungsrecht eine Auflösung des Kaufvertrags in sich schliesst, geht die K.-O., die in dieser Beziehung mit der Auffassung des englischen Rechts übereinstimmt, von dem Grundsatz aus, dass es nicht nothwendig sei, eine Auflösung des Kaufgeschäfts eintreten zu lassen, vielmehr genüge, wenn der Eigenthumsübergang rückgängig gemacht und dem Verkäufer der aufgegebene Besitz wieder verschafft werde. Es wird auch hier an der schon öfter besprochenen Regel festgehalten, dass gültige Verträge durch die Konkurseröffnung nicht aufgehoben werden, und nur ausnahmsweise dem Verkäufer, dem nach Art. 21 nur eine Konkursforderung zustehen würde, das Recht eingeräumt, die Sache selbst zurückzufordern. „Der Verkäufer soll — einem Vindikationsberechtigten gleich — stets befugt sein, seine Erfüllung ungeschehen zu machen, so als ob er nicht geliefert, Besitz und Eigenthum nicht aufgegeben hätte. Im Uebrigen bleibt es, wenn dem Verkäufer nicht sonst ein gesetzliches oder vertragsmässiges Rücktrittsrecht zusteht, bei dem Kaufkontrakt und daher auch bei den Bestimmungen des § 15. Will diesem gemäss der Konkursverwalter auf der Erfüllung des Kontrakts bestehen, so muss diese vollständig und nach beiden Seiten erfolgen; das Rücktrittsrecht cessirt, ebenso wie ein Vindikationsrecht beseitigt werden würde. Will aber der Verwalter die Erfüllung des Vertrages nicht, so kann der Verkäufer unter Rücknahme der Waare seine kontraktliche Entschädigungsforderung wegen Nichterfüllung anmelden". (M.: 168.) In der Reichstagskommission wurde von Regierungskommissär Hagens bestätigt, dass die hier in Frage stehende Rückforderung eine solche im Sinne des englischen „right of stoppage in transitu" sein solle, und sich der Unterschied zwischen dieser und der französischen Auffassung, von welcher der Entwurf der Gemeinschuldordnung ausgegangen sei, namentlich darin zeige, dass ausser dem Rückforderungsrecht noch eine Entschädigungsforderung bestehe. (K.: 33.) Der Verkäufer kann nicht verlangen, dass ihm die zurückgeforderten Waaren kostenfrei zurückgesandt werden, sondern muss die durch die Ausübung des Rückforderungsrechts entstandenen Kosten tragen bezw. dem Verwalter ersetzen. Dies ergibt sich aus der Natur der Sache und wurde auch in den Motiven als selbstverständlich bezeichnet. Der Verkäufer ist aber jedenfalls berechtigt, die dadurch dem Gemeinschuldner gegenüber entstandene Kostenforderung im Konkursverfahren geltend zu machen. Um diese Anmeldung nicht auszuschliessen, wurde von Aufnahme einer besonderen Vorschrift abgesehen, durch welche dem Verkäufer (wie durch Art. 576 des franz. Fallimentsgesetzes und verschiedene andere Gesetzgebungen) in allgemeiner Weise die Erstattung oder Uebernahme aller Kosten der Lieferung aufgelegt würde. (M.: a. a. O.)

Bestellers an den Spediteur eines Zwischenplatzes, die Waare einstweilen auf Lager zu nehmen, den transitus hemme und das Verfolgungsrecht des Absenders aufhebe, verneint.

2.

Dass in der K.-O. über die Stellung von Dritten, die in den Besitz der zurückzufordernden Sachen gelangt sind, oder andere Rechte an denselben erlangt haben, nichts gesagt worden ist — solche Vorschriften enthält der C. de com. und das franz. Fallimentsgesetz (Art. 578 bezw. 576), sowie die pr. K.-O. (§ 27 Nr. 3)[1] —, wurde in den Motiven (169 ff.) ausführlich gerechtfertigt. Es wurde darauf verwiesen, der Vorschrift der pr. K.-O. sei die damals hergebrachte kaufmännische Auffassung zu Grund gelegen, „dass die Ausantwortung eines indossirten Konnossements oder Frachtbriefs an den Erwerber die Stelle einer wirklichen Uebergabe des Guts einnehme", während jetzt durch das deutsche H.-G.-B. (Art. 391, 302, 413 ff. Art. 644 ff. und 649), nach welchem nur der Ladeschein und das Konnossement eine Verpflichtungsurkunde, der Frachtbrief nur eine Beweisurkunde sei, die Lage sich verändert habe, und bemerkt, da das Handelsgesetzbuch ausdrücklich nur die Uebergabe eines an Ordre lautenden Konnossements an denjenigen, der durch dasselbe zur Empfangnahme der Güter legitimirt werde, mit der Uebergabe der Güter, sofern diese wirklich abgeladen werden, für gleichbedeutend erkläre (Art. 649 ff. H.-G.-B.), es dagegen bezüglich der Ladescheine und der nicht an Ordre gestellten Konnossemente bei den Landesgesetzen belasse, sei es für die K.-O. noch misslicher, die Vorschrift einheitlich zu ergänzen. In Beziehung auf das Rechtsverhältniss zwischen dem Verkäufer und dem Dritten wurde bemerkt: „Das Vertragsverhältniss zwischen dem Verkäufer und dem Gemeinschuldner, das Recht auf Erfüllung oder Nichterfüllung desselben in dem Konkurse des letzteren und das gegen ihn begründete Rückforderungsrecht erfährt an sich eine rechtliche Aenderung nicht dadurch, dass der Gemeinschuldner die Waare weiter verkauft hat. Befindet die Waare sich in der Konkursmasse, besitzt sie noch der Gemeinschuldner oder ein Dritter für ihn, so kann die Rückforderung gegen den Konkursverwalter nicht durch die von dem Gemeinschuldner oder gar vom Verwalter an den Dritten erfolgte Weiterveräusserung ausgeschlossen werden; der Verwalter wird vielleicht durch seine Gewährspflicht oder die Interesseforderung des Dritten sich bestimmen lassen, auf der Erfüllung des Vertrages zu bestehen und dadurch die Rückforderung zu beseitigen; sonst aber muss er die

[1]) In Art. 576 des franz. Fall.-Ges. ist gesagt: „Néanmoins la revendication ne sera recevable, si avant leur arrivée, les marchandises ont été vendues sans fraude, sur facture et connaissement ou lettres de voiture signées par l'expéditeur." § 27 der K.-O. lautet: „Das Recht der Rückforderung der an den Gemeinschuldner verkauften und abgesendeten Waaren ist ausgeschlossen:

1. wenn der Kaufpreis vor der Konkurseröffnung bereits vollständig berichtigt ist;

2. wenn die Gläubigerschaft in das Kaufgeschäft eintritt und die Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners aus demselben erfüllt;

3. wenn die Waaren vor der Konkurseröffnung durch einen Dritten in gutem Glauben auf Grund des Konnossements oder Frachtbriefs gekauft worden sind. Hat ein Dritter vor der Konkurseröffnung ein Pfandrecht an den Waaren erworben, so findet die Rückforderung nur gegen Bezahlung der Pfandschuld statt.

Waare dem Verkäufer herausgeben, und es dem Dritten überlassen, ob dieser etwa auf Grund der Transporturkunden Eigenthumsrechte gegen den Verkäufer geltend machen kann. Andernfalls wenn der Dritte schon im Besitz der Waare sich befindet, ist es Sache des Verkäufers, seine Vindikation gegen diesen zu richten. Immer wird der Streit zwischen beiden danach zu beurtheilen sein, dass der Dritte von einem Nichteigenthümer erworben, aber immer bleibt der Streit ausserhalb des Konkurses und daher durch das Handelsgesetzbuch oder das bürgerliche Recht zu entscheiden; dasselbe gewährt dem Dritten ausreichenden Schutz, gleichviel, ob sein Kauf und ob die Verladung der Waare vor oder nach der Konkurseröffnung erfolgt ist. Aus demselben Grunde erübrigt und verbietet sich eine Bestimmung analog dem letzten Satze des § 27 der pr. K.-O. zum Schutze redlicher Pfandgläubiger. Wie gegenüber dem Gemeinschuldner, so findet das Rückfordungsrecht auch gegen diejenigen statt, welche ihre Ansprüche auf das Eigenthum des Gemeinschuldners gründen; das Eigenthum desselben wird hinfällig; sofern und soweit aber trotzdem das Handelsgesetzbuch (Art. 306 Abs. 2 und 3) oder das bürgerliche Recht ein gesetzliches oder vertragsmässiges Pfandrecht auch gegenüber dem fremden Eigenthümer aufrecht erhält, insoweit ist auch der Pfandgläubiger des Gemeinschuldners gegen das Rückforderungsrecht des Verkäufers gesichert." (M.: 169 und 170.)[1]) In der Reichstagskommission wurde von Hagens bestätigt, dass nach dem Entwurf die Aufhebung des Eigenthumsübergangs oder der Erfüllung ex tunc erfolge, und bemerkt, dass sich hiedurch namentlich ein Retentionsrecht des Spediteurs, Kommissionärs u. s. w. bestimme. (K.: 33.) Dass dem Gemeinschuldner gegenüber die Erfüllung und der damit verbundene Eigenthumsübergang derart rückgängig gemacht wird, als ob sie gar nicht geschehen wären, ist zwar nicht ausdrücklich im Gesetz gesagt, ergibt sich aber aus der Natur des Rückforderungsrechts, durch das der Verkäufer wieder in dieselbe Lage versetzt werden soll, als ob er die Waare gar nicht aus der Hand gegeben hätte. Ob und inwieweit diese Aufhebung der Erfüllung auch dem Dritten gegenüber wirkt, der vom Gemeinschuldner gekauft oder ein anderes Recht an der Sache erworben hat, ist nach bürgerlichem Recht zu beurtheilen.[2]) Uebrigens ist die Frage, ob es auch dem Dritten gegenüber so anzusehen ist, als sei der Gemeinschuldner niemals Eigenthümer gewesen, praktisch von keiner grossen Bedeutung, da die Frage in der Regel nach dem H.-G.-B. zu beurtheilen sein wird, und nach diesem, wenn die Sachen von einem Kaufmann in dessen Handelsbetrieb veräussert wurden, der redliche Erwerber auch dann das Eigenthum erlangt, wenn der Veräusserer nicht Eigenthümer war. (Art. 306.)

[1]) Bezüglich dieser Fragen sind noch zu vergleichen die Erkenntnisse des R.-O.-H.-G. vom 7. Juni 1872 und vom 6. Febr. 1874, Entscheid. Bd. 6 Nr. 69 S. 298 ff. und Bd. 12 Nr. 113 S. 395 ff.

[2]) V. Hullmann § 36 Bem. 8 S. 166, der im Uebrigen die in den Motiven geltend gemachte Ansicht bekämpft, dass der Eigenthumsübergang Jedermann gegenüber ex tunc rückgängig gemacht werde, gleich als ob das Eigenthum gar nicht übertragen worden sei.

3.

Eine Vorschrift, durch welche, wie es in Art. 577 des franz. Fallimentsgesetzes geschehen ist, dem Verkäufer ausdrücklich die Befugniss eingeräumt würde, die noch nicht abgesandten oder noch nicht ausgelieferten Waaren zurückzuhalten, wurde für überflüssig gehalten. „Hatte der Verkäufer noch nicht erfüllt, so kann er auch nach französischem Civilrecht (Art. 1612 und 1613 C. c.) zur Erfüllung in Gemässheit des § 15 nur bei vollständiger Gegenleistung angehalten werden. (v. Rénouard II. S. 372 Nr. 3.) Inwieweit er aber in der Lage ist, die Auslieferung der unterwegs befindlichen Waare durch Anweisung an den Transportirenden zu hindern, oder inwiefern er sein Rückforderungsrecht durch andere Massregeln, namentlich durch Arreste, zur Ausführung zu bringen hat, — ist von anderen Umständen abhängig, insbesondere von seinem Verhältniss zum Frachtführer.“ (M.: 170.)

§ 37.

Die Ehefrau des Gemeinschuldners kann Gegenstände, welche sie während der Ehe erworben hat, nur in Anspruch nehmen, wenn sie beweist, dass dieselben nicht mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben sind.

(E.: § 37. M.: 171 ff. K.: 35 ff. 149; pr. K.-O. §§ 88—92 und 94.)

1.

Welche Gegenstände der Ehefrau des Gemeinschuldners gehören und desshalb dem Aussonderungsrecht unterworfen sind, bestimmt sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts, insbesondere des ehelichen Güterrechts, in das der Gesetzgeber nicht eingreifen wollte. „Die Ehefrau ist befugt, dasjenige, was sie ausserhalb des Konkurses nach dem Civilrecht als ihr Eigenthum beanspruchen kann, auch nach Eintritt des Konkursverfahrens über das Vermögen ihres Ehemannes zu verfolgen.“ (M.: 175.) Auf der einen Seite werden die Eigenthumsrechte der Ehefrau durch den Konkurs nicht erweitert. Sie kann desshalb auch solche Sachen, die sie in die Ehe eingebracht hat, nur in dem Falle vindiziren, dass dieselben nicht, wie die venditionis causa abgeschätzten Dotalsachen in definitiver Weise Eigenthum des Ehemannes geworden sind. Dass das Privilegium der l. 5 und l. 30 C. de jure dot. 5. 12, nach welchem auch Dotalsachen dieser Art aus dem Konkurs des Mannes vindizirt werden können, durch die K.-O. beseitigt wird, wurde in den Motiven (175) hervorgehoben und es muss dies als richtig angesehen werden. Dagegen wurde nicht beabsichtigt, das der Ehefrau durch l. 29 und 30 C. cod. gewährte Recht zur Rückforderung der Dotalsachen überhaupt aufheben zu wollen, und es wurde die Aufrechterhaltung dieser Vorschrift in folgender Weise begründet: „Auch wenn man an der fast allgemeinen Auffassung festhält, dass während des Ehe- und Dotalverhältnisses nicht die Frau sondern der Ehemann Eigenthümer der

Dotalsachen sei, so liegt doch schon nach Civilrecht in dem Empfang der dos die Resolutivbedingung für den Fall der Insolvenz des Mannes; gleichviel, ob die durch diese eintretende Auflösung seines Dotaleigenthums der Ehefrau eo ipso oder erst durch die Rückforderung die gegen Dritte wirksame Eigenthumsklage verleiht, — der Gemeinschuldner und die Konkursgläubiger haben kein Recht, die Sachen zurückzuhalten". (M.: 174.)[1]) Die Entscheidung der Frage, ob im Gebiete des französichen Rechts das (in Art. 546 C. com. und Art. 558 des Fall.-Ges. anerkannte) Recht der Vindikation eines mit geschenktem oder ererbten Gelde der Frau angeschafften Grundstücks bestehen bleibt, hängt, wie in den Motiven (176) hervorgehoben wurde, davon ab, ob die betr. Vorschriften eine Beschränkung oder eine Erweiterung der civilrechtlichen Subrogation enthalten. „Sowohl in Betreff der Subrogation als bei jedem anderen Erwerb muss hier entscheidend bleiben: erkennt das Civilrecht eines Rechtsgebietes an einem Gegenstande das Eigenthum der Ehefrau dem Mann oder seinen Gläubigern gegenüber nicht an, so wird es ihr nicht durch den Eintritt des Konkurses verliehen." (M.: 176.) Da Art. 546 C. de com. bezw. Art. 558 des Fall.-Ges. vom Jahre 1838 den in Art. 1435 Code civil gegebenen Vorschriften lediglich für den Fall des Konkurses weitere Beschränkungen des Rechtes der Ehefrau beifügt, wird derselbe als besondere konkursrechtliche Vorschrift überhaupt nicht mehr zur Anwendung kommen können. (Vorbem. 2.) Vielmehr wird die Frage, ob die Ehefrau ein von ihrem Geld gekauftes Grundstück vindiziren kann, lediglich nach Art. 1435 Code civil und § 37 K.-O zu beurtheilen sein.

Werden die Eigenthumsansprüche der Frau durch den Konkurs nicht erweitert, so werden sie auf der anderen Seite durch das Konkursverfahren auch nicht ausgeschlossen oder beschränkt. Die Eigenthumsrechte, welche der Ehefrau nach dem bürgerlichen Rechte zustehen, und welche sie in der im Gesetz vorgeschriebenen Weise darthun kann, können vielmehr im Konkursverfahren geltend gemacht werden und begründen einen Aussonderungsanspruch. Auch kommt es nicht darauf an, ob die betr. Sachen der Verwaltung und Nutzniessung des Mannes unterliegen. Dagegen kommt bezüglich des dem Gemeinschuldner zustehenden Niessbrauchs die Vorschrift des § 1 Abs. 2 zur Anwendung. (V. Bem. IV zu diesem §.) Nur ist der Beweis, den die Ehefrau zu führen hat, ist durch die Vorschrift des § beschränkt.

2.

Während bezüglich der Gegenstände, welche die Ehefrau vor Abschluss der Ehe erworben zu haben behauptet, die allgemeinen Grundsätze über die Beweislast gelten, genügt es nach § 37, soweit es sich um während der Ehe erworbene Gegenstände handelt, nicht, dass die Ehefrau den von ihr bezw. von einem Dritten für sie vorgenommenen Erwerb nachweist. Vielmehr muss sie

[1]) Bezüglich der Fragen sind zu vergleichen: Vangerow, Pandekten § 218; Bechmann, das römische Dotalrecht Abth. II. S. 468 ff.; Windscheid, Pandekten §§ 174, 468 und 503 Bd. I. S. 495 ff. und Bd. II. S. 801 ff. und 811 ff.; Sintenis, das prakt. gemeine Civilrecht Bd. III. § 133.

auch beweisen, dass die in Anspruch genommenen Gegenstände „nicht mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben worden sind," was regelmässig voraussetzt, dass sie selbst oder ein Dritter die zum Erwerb erforderlichen Mittel hergegeben hat oder derselbe unentgeltlich erfolgte. „Der Beweis, dass der vindizirte Gegenstand nach Civilrecht zu Eigenthum der Frau erworben, dass er an sie tradirt, auf ihren Namen eingetragen ist u. s. w., darf nicht genügen. Die Aufdeckung aller Rechtsgeschäfte vom ersten ursprünglichen Erwerb bis zum Erwerb der vindizirten Sache ist erforderlich. — Auch die Vindication eines Gegenstandes, den die Ehefrau mit vorgeschossenen Geldern des Mannes an sich gebracht hat, muss ihr abgeschnitten werden. Die Frau hat kein Recht auf Vorschüsse des Mannes, und dieser soll seinen Gläubigern Geldmittel nicht entziehen dürfen, um dadurch der Frau Vermögen zu schaffen." (M.: 180 und 181.)

Diese Vorschrift hat ihren Grund in der Erwägung, „dass thatsächlich und unvermerkt eine Vermischung des Vermögens von Mann und Frau eintritt, dass durch Hin- und Hergeben, durch Austausch und durch veränderte Anlage die Selbständigkeit des beiderseitigen Vermögens der äusseren Erkennbarkeit entrückt wird," und es sollen die Gläubiger gegen die Gefahren einer absichtlichen, fahrlässigen oder unvermeidlichen Täuschung, welche durch diese thatsächliche Ehegemeinschaft hervorgerufen werden kann, geschützt werden. (M.: 177.) In der Reichstagskommission machte Goldschmidt geltend, die in Frage stehende Vermischung, die etwas wesentlich Anderes sei, als die gemeinrechtliche praesumtio Muciana, enthalte einen schweren Eingriff in die bestehenden Rechtsverhältnisse, und beantragte desshalb die Streichung des §; dieser Antrag wurde aber mit grosser Mehrheit abgelehnt. In der Diskussion wurde von Regierungsrath Hagens darauf hingewiesen, dass der dem § zu Grund liegende Gedanke deutscher Rechtsanschauung entspreche und man mit den Grundsätzen des römischen Rechts, das die Ehefrau wie ausserhalb des Konkurses so auch im Konkurse den Gläubigern gegenüber bevorzuge, brechen müsse. Auch bemerkte derselbe, die Vermuthung, die der Besitz sonst für die Rechtmässigkeit des Erwerbs begründe, solle die Ehefrau der Konkursmasse des Mannes gegenüber nicht in Anspruch nehmen dürfen; es solle nicht genügen, dass ein Grundstück, eine hypothekarische Forderung auf den Namen der Ehefrau eingeschrieben sei, nach der K.-O. werde es vielmehr Pflicht der Eheleute sein, ihren Erwerb nachweisbar zu machen. (K.: 35 und 36.)

3.

Die Art und Weise, in welcher die Ehefrau den ihr obliegenden Beweis zu führen hat, wird durch die C.-P.-O. (§ 259) geregelt, und es werden in dieser Beziehung keine besonderen Vorschriften gegeben. „Eine rechtliche Vermuthung soll überhaupt nicht aufgestellt, am wenigsten die Beweisführung beschränkt werden. Es ist gleichgültig, ob durch Inventarien und authentische Akte oder durch welche Mittel sonst dem Richter die Ueberzeugung von dem Erwerb und der Identität der vindizirten Sachen beschafft wird. Der Besitz soll nur nicht eine Präsumtion für den rechtmässigen Erwerb bilden und zur Rechtmässigkeit des Erwerbs soll der Nachweis gehören, mit welchen Mitteln die vindizirten

Sachen erworben worden sind.“ (M.: 180.) Für die Frage, ob die zum Erwerb verwendeten Mittel von dem Gemeinschuldner geliefert wurden, ist das bürgerliche Recht massgebend. „Der im § aufgestellte Satz hält das bürgerliche Recht in allen Beziehungen aufrecht. Insbesondere wird demselben auch die Entscheidung überlassen, was als Mittel des Gemeinschuldners zu gelten hat, und was nicht, ob also z. B. ein Erwerb durch persönliche Thätigkeit der Frau dem Ehemanne oder ob ein Erwerb durch Thätigkeit des in Gütergemeinschaft lebenden Mannes lediglich diesem oder dem gemeinschaftlichen Vermögen, daher zu einem Antheile auch der Ehefrau zufällt.“ (M.: 181.) Ebenso bleiben natürlich die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Gültigkeit eines bestimmten Erwerbs oder einer Subrogation in Kraft. Bezüglich der Vorschrift des Art. 1553 C. c., nach welchem die Bedingung der Anlegung der Dotalgelder im Ehevertrag enthalten sein muss, wurde in den Motiven (S. 180 Anm. 1) ausdrücklich bemerkt, diese Vorschrift werde durch § 37 nicht berührt und es trete, wenn diese Klausel fehle, keine Subrogation ein. Dass der von der Ehefrau verlangte Beweis oft recht schwierig sein und das Zurückgehen auf eine grosse Reihe von Erwerbsgeschäften nothwendig machen werde, verhehlte man sich bei Aufstellung des Entwurfs nicht, ging aber von der Erwartung aus, „eine verständige Beweiswürdigung durch den Richter werde über unverschuldete Schwierigkeiten hinweghelfen.“ (M.: a. a. O.) Damit die Ehefrau den ihr obliegenden Beweis erbracht habe, ist übrigens nur erforderlich, dass die zum Erwerb des vindizirten Gegenstands verwendeten Mittel im Augenblick des Erwerbs nicht mehr dem Ehemann gehörten bezw. nicht als dessen Eigenthum anzusehen waren und es ändert daran der Umstand nichts, dass dieselben ursprünglich vom Gemeinschuldner herrühren, wenn nur der Uebergang auf die Ehefrau vor dem Erwerb des streitigen Gegenstands in wirksamer Weise z. B. durch eine gültige Schenkung stattfand. In dieser Beziehung bemerkten die Regierungsvertreter, um ein von dem Abg. Hullmann in der Reichstagskommission erhobenes Bedenken zu beseitigen, übereinstimmend, und ohne Widerspruch zu erfahren: „Die gegen die Fassung des § angeregten Bedenken seien unbegründet. Auf Grund des § 37 könnten an sich gültige Rechtshandlungen zwischen Mann und Frau nicht hinfällig werden. Habe der Mann nach Civilrecht gültig und nach Konkursrecht unanfechtbar der Frau eine Sache geschenkt, so sei der Erwerb durch ein Rechtsgeschäft mit dem Manne, also von dem Manne, nicht mit den Mitteln desselben erfolgt. In dem anderen Falle, wo der Ehemann der Frau gültiger Weise ihr Heirathsgut oder einen Theil desselben in der Weise zurückgewähre, dass er unmittelbar einen Gegenstand für die Frau anschaffe und diese nach Civilrecht zur Eigenthümerin mache, erfolge der Erwerb aus den Mitteln der Frau, nicht mit den Mitteln des Mannes.“ (K.: 37 und 38.)

4.

In der Reichstagskommission wurde auch die Frage erörtert, „wie zu verfahren sei, wenn sich ergebe, dass der vindizirte Gegenstand zwar nicht ganz aber doch zum Theil mit den Mitteln des Mannes erworben worden sei“ und es wurden darüber verschiedene Ansichten geäussert. Während der Abg. Franken-

burger annahm, „dass solchen Falles der Richter nach freiem Ermessen einen aliquoten Theil des Gegenstandes bezw. des Erlöses der Frau zuerkennen werde", bemerkte Regierungsrath Hagens: „Soweit der Gegenstand theilbar sei, treffe das zu, was der Vorredner gesagt habe. Sei aber der Gegenstand untheilbar, so sei es Sache der Interpretation, ob ein Eigenthumsanspruch der Frau desshalb ausgeschlossen sein solle, weil ein aliquoter Theil der zum Erwerb des Gegenstandes aufgewandten Mittel vom Mann herrühre. Auch dieser Fall sei durch die etwas weite Fassung des § gedeckt." (K.: 38.) Als unzweifelhaft richtig darf die Ansicht bezeichnet werden, dass in den Fällen, in denen es sich um einen theilbaren Gegenstand handelt, das Eigenthum an demselben der Ehefrau insoweit zuzusprechen ist, als die Mittel zum Erwerb nicht vom Ehemann geliefert worden sind. Es liegt hier, wo der Gegenstand des Aussonderungsrechts leicht in mehrere Theile zerlegt werden kann, die Sache ebenso, wie wenn die verschiedenen Theile zu verschiedenen Zeiten erworben worden wären, und es ist nicht abzusehen, warum die Frau, die theilweise aus eigenen Mitteln, theilweise aus denen des Mannes eine gew. Quantität Leinwand, oder Kartoffeln u. s. w. angeschafft hat, schlechter stehen sollte, als wenn sie von vornherein einen Theil der Waare aus eigenen Mitteln und sodann den anderen Theil aus Mitteln ihres Ehemanns erworben hätte.[1]) Dagegen wird der Ehefrau, wenn ein untheilbarer Gegenstand in Frage steht, das Eigenthum nicht vollständig zugesprochen werden können, wenn die zum Erwerb desselben verwandten Mittel auch nur zum kleineren Theil vom Mann geliefert wurden. Auch in diesem Falle hat die Ehefrau den nach § 37 erforderlichen Beweis nicht geliefert.[2]) Sofern nach dem geltenden bürgerlichen Recht an der untheilbaren Sache ein Miteigenthum zu ideellen Theilen möglich ist, wird ein solches anzunehmen sein, sofern feststeht, dass die Sache für die Ehefrau erworben werden sollte und ein Theil der verwendeten Mittel nicht vom Ehemann herrührt.[3])

5.

Bei Aufstellung des Entwurfs wurde die Frage erwogen, ob die Beschränkung, welche der vindizirenden Ehefrau im Konkurs des Ehemannes auferlegt wird, nicht auch allgemein oder unter Umständen gegen den Ehemann in Anwendung gebracht werden müsse, wenn der Konkurs über das Vermögen einer Ehefrau eröffnet sei. Es wurde jedoch davon Abstand genommen, „weil es thatsächlich immerhin eine Ausnahme bleiben dürfte, dass über das Vermögen einer gewerbtreibenden Ehefrau das Konkursverfahren eröffnet wird und es nicht gerathen sein möchte, den allgemein rechtlichen, in das Volksbewusstsein übergegangenen Satz: „„praesumitur quod omnia sint mariti"" zu durchbrechen, ihn

1) V. auch von Sarwey § 37 Bem. 5 S. 253; von Wilmowski ebendas. Bem. 6 S. 140.

2) V. von Wilmowski a. a. O. A. M. ist von Sarwey, der sich (a. a. O.) dahin ausspricht, dass der Frau das Eigenthum zuzusprechen sei, wenn sie den Hauptaufwand bestritten habe, nicht aber, wenn nur ein kleiner Theil der erforderlichen Mittel von ihr oder einem Dritten beschafft worden seien.

3) V. auch von Völderndorff § 37 Bem. IV. S. 407 ff.

für diese Frage nicht bloss aufzugeben, sondern in sein Gegentheil umzukehren." (M.: 185.)

§ 38.

Sind Gegenstände, deren Aussonderung aus der Konkursmasse hätte beansprucht werden können, vor der Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner oder nach der Eröffnung des Verfahrens von dem Verwalter veräussert worden, so ist der Aussonderungsberechtigte befugt, die Abtretung des Rechts auf die Gegenleistung, soweit diese noch aussteht, zu verlangen. Er kann die Gegenleistung aus der Masse beanspruchen, soweit sie nach der Eröffnung des Verfahrens zu derselben eingezogen worden ist.

(E.: § 38. M.: 185 ff. K.: 38; pr. K.-O. §§ 23, 25 Abs. 2, 28 und 44.)

1.

Ist ein Gegenstand, dessen Aussonderung hätte verlangt werden können, zur Zeit, da dieser Anspruch geltend gemacht werden soll, nicht mehr in der Masse vorhanden, sondern in den Besitz eines Dritten gelangt, so bleiben dem Aussonderungsberechtigten alle Ansprüche, die er auf die Sache selbst erheben kann, vorbehalten. „Die Befugnisse, welche das Civilrecht dem Berechtigten gewährt, die Sache von dem Dritten zu fordern, sollen weder eingeschränkt noch erweitert werden." (M.: 185.) Aber derselbe ist nicht genöthigt, sich an den Dritten zu halten, wenn die Sache vom Gemeinschuldner vor oder nach Eröffnung des Konkursverfahrens vom Konkursverwalter veräussert worden ist, sondern kann sich an die Gegenleistung für die Sache halten, sofern dieselbe noch aussteht oder zur Masse gezogen worden ist. Dass der Aussonderungsberechtigte sich dann an die Masse halten kann, wenn der Konkursverwalter eine fremde Sache veräusserte, sei es, dass er den Anspruch des Berechtigten nicht kannte, sei es, dass er denselben absichtlich verletzte, folgt aus der Natur der Sache, da, ganz abgesehen von der Vorschrift des §, eine Entschädigungsforderung gegen die Masse begründet wäre, die ohne Rechtsgrund bereichert worden ist. Aus Billigkeitsgründen stellt aber das Gesetz die Veräusserung, die der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung vorgenommen hat, und die streng genommen nur dazu berechtigen würde, eine Entschädigungsforderung als Konkursgläubiger zu liquidiren, der Veräusserung durch den Konkursverwalter gleich. Auch hier hat der Aussonderungsberechtigte demnach einen Anspruch auf die Gegenleistung, sofern dieselbe nicht vom Gemeinschuldner bezogen wurde. Der Fall, dass der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung einen nicht zur Masse gehörigen Gegenstand veräussert hat, ist im Gesetz nicht vorgesehen, weil derselbe unter die Vorschrift des § 6 fällt. Sollte in einem solchen Falle aber der Verwalter die Nichtigkeit der Veräusserung nicht geltend gemacht und die Gegen-

leistung zur Masse gezogen haben, so würde der § 38 offenbar Anwendung finden müssen.

2.

Soweit die Gegenleistung noch aussteht, kann der Aussonderungsberechtigte, gleichviel ob die Veräusserung vom Gemeinschuldner oder Konkursverwalter vorgenommen wurde, die Abtretung des der Konkursmasse auf diese zustehenden Rechts verlangen. In welcher Weise diese zu geschehen hat, ist nach dem bürgerlichen Recht zu beurtheilen. Steht die Gegenleistung nicht mehr aus, so muss dieselbe, wenn sie vom Konkursverwalter zur Masse gezogen wurde, dem Aussonderungsberechtigten herausgegeben werden und die Verpflichtung hiezu ist als eine Masseschuld (§§ 52 ff.) anzusehen. War die Gegenleistung schon vor der Konkurseröffnung vom Gemeinschuldner oder einem Vertreter desselben erhoben worden, so dass sie bei Eröffnung des Verfahrens nicht mehr als ausstehend zu betrachten war, so bleibt dagegen dem Aussonderungsberechtigten, falls er sich nicht an den Erwerber halten kann, nur ein Entschädigungsanspruch gegen den Gemeinschuldner, den er als Konkursgläubiger geltend machen kann.[1])

Uebrigens wird der Aussonderungsberechtigte durch die Vorschriften des § nicht gehindert, seine Entschädigungsansprüche geltend zu machen, wenn er durch die Abtretung bezw. Herausgabe der Gegenleistung nicht vollständig befriedigt worden ist. Derselbe soll zwar nach § 38 „nicht lediglich auf die meist schwierige und zeitraubende Ermittlung des Schadens angewiesen, er soll durch das unrechtmässige Verhalten des Verwalters nicht schlechter sondern besser gestellt werden.“ (M.: 185, 186.) Aber abgeschnitten werden seine Ansprüche auf Schadenersatz, die freilich nur dann begründet sein werden, wenn er sich nicht an den Dritten halten kann, nicht. Ob derartige Ansprüche als einfache Konkursforderungen oder als Masseforderungen geltend gemacht werden können, hängt davon ab, ob ein Verschulden des Gemeinschuldners oder ein solches des Verwalters in Frage steht.

3.

Unter Gegenständen sind nicht bloss körperliche Sachen, sondern auch Rechte und Forderungen zu verstehen. (Vorbem. zu Titel V. a. E.) Insbesondere findet § 38 auch Anwendung, wenn Wechsel, Handelspapiere und andere Urkunden über Forderungen veräussert worden sind. Nach den Motiven hielt man besondere Vorschriften bezüglich einzelner Rechtsgeschäfte, wie sie die pr. K.-O. (in § 25 Abs. 2.) zu Gunsten der Verkaufskommissionäre getroffen hatte, nicht für erforderlich. Andrerseits hielt man es aber auch nicht für gerechtfertigt, wie es in der preuss. Rechtsprechung bezüglich der §§ 23 und 28 pr. K.-O. geschehen war,

[1]) Das preuss. Obertribunal entschied am 9. Jan. 1872 (Entscheid. Bd. 66 Nr. 41 S. 299 ff., Striethorst Bd. 86 Nr. 7 S. 25 ff.), dass § 44 der pr. K.-O., dessen Inhalt dem des § 38 entspricht, nicht zur Anwendung komme, wenn fremde, im Nachlass vorgefundene Sachen vom Nachlassrichter, der an Stelle des Gemeinschuldners handle, verkauft worden seien, und dieser den Erlös nach erfolgter Konkurseröffnung über den Nachlass sodann an die Konkursmasse abgegeben habe.

die gesetzlichen Vorschriften einzuschränken und von derselben die Realisirung fremder Wechsel auszunehmen.[1]) „Die Vorschrift des § 38 hat allgemeine Geltung. Sie soll auf alle Fälle Anwendung finden, in denen, wenn die fremde Sache oder Forderung noch nicht veräussert wäre, ihre Herausgabe oder Abtretung aus der Konkursmasse hätte verlangt werden können. Sie soll daher auch auf den Fall des § 36, der Veräusserung der Waaren eines auswärtigen Verkäufers, sowie auf die Veräusserung einer der Ehefrau des Gemeinschuldners gehörigen Sache (§ 37) anwendbar sein." (M.: 187.)

Fünfter Titel.

Absonderung.

(§§ 39—45.)

Vorbemerkungen.

Die Absonderungsberechtigten (im gemeinen Prozess Separatisten ex jure crediti genannt) entziehen ebenso wie die Aussonderungsberechtigten der Konkursmasse gewisse Vermögensstücke und stehen diesen auch insofern nahe, als sie nicht nothwendig persönliche Gläubiger des Gemeinschuldners zu sein brauchen. Zwischen den Ansprüchen der Aussonderungsberechtigten (der „Separatisten ex jure dominii" oder „Vindikanten" des gemeinen Prozesses) und denen der „Absonderungsberechtigten besteht aber der begriffliche Unterschied, „dass die ersteren fremde, die letzteren solche Sachen zum Gegenstand haben, welche dem Gemeinschuldner und daher an sich zur Konkursmasse gehören." (M.: 188.) Desshalb wurde in der K.-O. die im gemeinen Recht gebräuchliche und in ältere und neuere Gesetzgebungen übergangene Zusammenstellung der „Separatisten ex jure dominii und der ex jure crediti", deren Ansprüche mit Unrecht in dieselbe Kategorie eines Separationsrechts gebracht wurden, vollständig aufgegeben.

Während § 3 den Grundsatz aufstellt, dass ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung nur in den in der K.-O. zugelassenen Fällen geltend gemacht werden könne, und ausserdem die Vorschrift enthält, dass die abgesonderte Befriedigung unabhängig vom Konkursverfahren erfolgt, in den §§ 57 und 141 aber die Befugniss derjenigen Absonderungsberechtigten, welche zugleich persönliche Gläubiger des Gemeinschuldners sind, geregelt wird, ihre Forderungen, soweit sie nicht abgesondert befriedigt werden, als Konkursforderung geltend zu machen, wird in diesem Titel festgestellt, an welchen Vermögensstücken und für welche Ansprüche ein Absonderungsrecht stattfindet. Bei der Regelung dieser Frage wurde davon ausgegangen, dass nicht der Gegensatz zwischen persönlichen und

[1]) Am 23. März 1869 entschied das preuss. Obertribunal, dass unter den in §§ 22 und 44 pr. K.-O. bezeichneten Sachen nur körperliche Sachen verstanden werden könnten, weil Vorschriften über den „Verkauf" gegeben seien und diese Bezeichnung nur auf körperliche Sachen passe. (Striethorst Bd. 74 Nr. 28 S. 158 ff.)

dinglichen Rechten, sondern der zwischen General- und Spezial-Vorzugsrechten entscheidend sei und es wurde in dieser Beziehung in den Motiven (188, 189) bemerkt: „Die generelle Hypothek wirkt, sofern sie nicht in ihrer Kraft als Spezialhypothek bei einer einzelnen Sache in Frage kommt, den Gläubigern gegenüber nur als Vorzugsrecht bei der Konkursmasse; Ziel und Gegenstand sind bei ihr mit jeder Konkursforderung identisch. Desshalb scheiden die General-Hypotheken und Vorzugsrechte hier aus; in wiefern ihnen ein Vorzug zu belassen ist, wird bei der Regelung der Konkursforderungen (Titel 8) zu prüfen sein. Andrerseits kann auch ein persönliches Recht den Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus einer bestimmten Sache vor anderen Gläubigern begründen. Die von Alters her anerkannten Separationsansprüche sind ja persönlichen Gläubigern beigelegt. Sei der Anspruch persönlich oder dinglich, jedes Spezial-Vorzugsrecht muss im Konkurse sich zu einem Absonderungsrecht erweitern." Bei der Frage, für welche Ansprüche ein solches Vorzugs- und Absonderungsrecht anzuerkennen sei, waren bei Aufstellung des Entwurfs zwei Gesichtspunkte massgebend. „Die rechtliche Trennung des Gegenstandes von der Konkursmasse muss unabhängig von dem Konkursverfahren begründet und Jedermann erkennbar gewesen sein. Der Konkurs bringt die vorhandenen Ansprüche nur zum Austrag. Soll daher das Absonderungsrecht nicht zur willkürlichen Bevorzugung des einen Gläubigers vor den anderen ausarten, so muss die Forderung dasselbe in sich tragen. Der Gegenstand muss schon zur Zeit oder zufolge der Eingehung des den Anspruch begründenden Rechtsverhältnisses dem allgemeinen Kreise des „Vermögens" und der allgemeinen Bestimmung, zur Berichtigung aller persönlichen Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners zu dienen, entzogen und in einen abgesonderten Kreis und Zweck der ausschliesslichen oder vorzugsweisen Verhaftung für jene Forderung getreten sein. Und sollen die späteren Gläubiger in der Beurtheilung der Vermögenslage ihres Schuldners nicht ungebührlich getäuscht und der Kredit nicht empfindlich verletzt werden, so muss Jedermann in der Lage gewesen sein, diese rechtliche Absonderung des Gegenstandes thatsächlich zu erkennen." (M.: 189.) Als zutreffend wurden diese Bedingungen erachtet:

1. bei den Realgläubigern, denen eine bestimmte Sache haftet, unter den in den §§ 14—17 E.-G. bestimmten Modifikationen (§§ 39—41);

2. bei den zu einer Erbschaft des Gemeinschuldners gehörigen Gegenständen, welche dem Befriedigungsrecht der Erbschaftsgläubiger zu einer Zeit unterlagen, als das Vermögen des schuldenden Erblassers noch nicht mit den des erbenden Gemeinschuldners vereinigt war (§ 43);

3. bei dem Antheil des Gemeinschuldners an einem Gemeinschaftsvermögen hinsichtlich der Gemeinschaftsgenossen (§ 44);

4. „in Ansehung derjenigen Gegenstände, welche vermöge ihrer rechtlichen Eigenthümlichkeit nicht zu dem „allgemeinen" Vermögen gehören — Lehen, Stammgüter und Fideikommisse" (§ 45).

Auf die Anfrage des Abg. Hullmann, „warum die Gläubiger nicht gegen solche Veräusserung ihrer Mobilien geschützt worden seien, die ohne Besitzübertragung und lediglich zu dem Zwecke stattfänden, um einem Gläubiger Sicher-

heit wegen Bezahlung seiner Forderung zu gewähren" und die Bemerkung, „dass die Vorschriften des E.-G. wegen des Faustpfandes dadurch umgangen werden könnten, dass der Gemeinschuldner die Verpfändung in die Form eines Verkaufs mit dem Vorbehalt des Rückkaufs kleide," erklärte Regierungsrath Hagens in der Justizkommission: „Soweit es sich um ein verdecktes Geschäft — Versatz unter der Form des Verkaufs — handle, würde der Verwalter dem angeblichen Käufer gegenüber dieselben Rechte geltend machen können, wie der Gemeinschuldner. Im Uebrigen liessen die meisten Landesgesetze ein constitutum posessorium oder ein pactum reservati dominii bei Mobilien nur mit beschränkter Wirksamkeit zu, zudem seien Fälle der bezeichneten Art eine Seltenheit, so dass für die K.-O. der Anlass nicht dringend genug sei, um in das Civilrecht einzugreifen." (K.: 38, 39.) Dass die K.-O. die Bezeichnung „Gegenstand" im weiteren Sinne gebraucht, und mit derselben die körperlichen „Sachen" und die sogen. unkörperlichen Dinge, wie Forderungen und sonstige Vermögensrechte, umfasst, wurde in den Motiven (190) unter Verweisung auf die Ausdrucksweise der C.-P.-O. (v. z. B. §§ 708 und 709 im Gegensatz zu den §§ 712 ff.) ausdrücklich hervorgehoben und bemerkt, dass diese Terminologie auch in anderen Materien festgehalten werde.

Bezüglich der ausschliesslichen Anwendbarkeit der in der K.-O. enthaltenen Vorschriften über Absonderungsrechte auf alle nach dem Inkrafttreten derselben eröffneten Konkurse ist § 11 E.-G. zu vergleichen. Besondere Vorbehalte für die Landesgesetzgebung zur Bewilligung von Vorrechten für bisherige Absonderungsrechte enthalten die §§ 12 und 13 E.-G.

§ 39.

Zur abgesonderten Befriedigung dienen die Gegenstände, welche in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehören, insoweit ein dingliches oder sonstiges Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus denselben besteht.

Den Umfang der Immobiliarmasse, sowie den Umfang und die Rangordnung der aus derselben zu berichtigenden Ansprüche bestimmen die Reichsgesetze und Landesgesetze.

(E.: § 39. M.: 190 ff. K.: 39., pr. K.-O. §§ 31, 46—71, 263, 266—271.)

1.

Allgemeine Bemerkungen.

In § 39 wird das Absonderungsrecht an unbeweglichen Sachen, in den §§ 40 und 41 dasjenige an beweglichen Gegenständen behandelt. Während die letzteren §§ genau bestimmen, welchen Personen ein Absonderungsrecht zusteht und auf welche Forderungen und Gegenstände sich dasselbe bezieht, wird in § 39

das Absonderungsrecht der Realgläubiger in Ansehung der Immobilien des Gemeinschuldners nur im Prinzip anerkannt. Von einer einheitlichen Regelung wurde aber mit Rücksicht auf die „zur Zeit unüberwindlichen Schwierigkeiten" abgesehen, so dass dieselbe der Reichs- und Landesgesetzgebung überlassen bleibt.

2.

Gegenstände, welche zum unbeweglichen Vermögen gehören.

Das an dem Ort der belegenen Sache geltende Recht ist zunächst massgebend bezüglich der Frage, welche Gegenstände als unbewegliche Vermögensstücke zu betrachten sind. So gross auch in dieser Beziehung die Verschiedenheiten des bürgerlichen Rechts sind, [1]) musste doch, wie es auch in § 757 C.-P.-O. bezüglich der Immobiliar-Zwangsvollstreckung geschehen ist, auf eine einheitliche Regelung verzichtet werden. Nicht bezüglich aller Gegenstände, welche das Landesrecht im Allgemeinen oder nach einzelnen Richtungen als unbeweglich charakterisirt, besteht übrigens das im § anerkannte Absonderungsrecht, sondern bloss bezüglich derjenigen, welche „in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehören." Mit Rücksicht darauf gehören auch Gegenstände hierher, „welche, obschon beweglich, vom Gesetz betreffs Verpfändung und Zwangsverkauf immobilisirt sind, wie z. B. nach Hannover'schem, Hamburger, Lübecker Recht Schiffe, nach sächsischem Recht Schiffmühlen u. s. w." Die Ausübung des Absonderungsrechtes im Konkurs soll, wie in den Motiven hervorgehoben wurde, gerade so wie die ausserhalb desselben bewirkt werden, und da die Ausübung der dinglichen Rechte ausserhalb des Konkurses durch Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung bewirkt wird, soll die Zulässigkeit der letzteren massgebend sein. „Die Zwangsvollstreckung ist das entscheidende Merkmal; also müssen diejenigen unkörperlichen Gegenstände, und diejenigen, wenn auch an sich beweglichen, körperlichen Gegenstände, welche das örtliche Recht in Ansehung der Zwangsvollstreckung den Grundstücken gleichstellt, auch im Konkurse wie Grundstücke separirt werden können." (M : 194.) Ist in dem bürgerlichen Recht auf Bestimmungen des bisher geltenden Konkursrechts derart verwiesen, dass dieselben als Bestandtheil des bürgerlichen Rechts oder als Vorschriften über die Zwangsvollstreckung an Immobilien anzusehen sind, so werden derartige Vorschriften nach § 4 E.-G. ihre Geltung behalten. [2])

3.

Ansprüche, für welche ein Absonderungsrecht besteht.

Das bürgerliche Recht, d. h. die Reichsgesetzgebung oder das am Orte der belegenen Sache geltende Landesrecht ist ferner massgebend bezüglich der

[1]) In den Motiven (S. 192 ff.) wurde die Verschiedenheit der bestehenden Gesetzgebungen in Beziehung auf die Frage, bei welcher es sich hauptsächlich um die Natur der unkörperlichen Gegenstände oder Rechte und um das Bergwerkseigenthum bezw. um die Gesellschaftsantheile an einem Bergwerke (die Kuxen) handelt, ausserdem aber auch Seeschiffe, Schiffsmühlen u. s. w. in Betracht kommen, ausführlich dargelegt. Hier kann auf diese Verschiedenheiten nicht näher eingegangen werden.

[2]) V. von Völderndorff § 39 Bem. c. Bd. I. S. 421.

Fragen, „für welche Ansprüche, in welchem Umfange und in welcher Rangordnung aus dem unbeweglichen Gegenstande eine abgesonderte Befriedigung soll verlangt werden können. Soweit das örtliche Recht es zulässt, möge also eine generelle oder stillschweigende, nicht eingetragene, Hypothek, oder ein gesetzlich eingeräumtes Vorzugsrecht oder eine absolut privilegirte persönliche Forderung in Ansehung der zu bildenden Immobiliarmasse vor wie nach ihre Wirksamkeit behalten; mögen mit der Kapitalforderung laufende oder nur rückständige Zinsen, ein-, zwei- oder dreijährige Rückstände u. s. w. anzusetzen bleiben.“ (M.: 191, 192). [1])

4.

Umfang der Immobiliarmasse.

„Ebenso wie der Umfang der Ansprüche soll der Umfang der Immobiliarmasse durch das örtliche Recht bestimmt werden. In dieser Beziehung wurde in den Motiven (192) bemerkt: „Auch hierin mag die Verschiedenheit der Rechte bestehen bleiben. Ob die zur Zeit der Zwangsvollstrekung schon abgesonderten, aber noch unveräussert im Besitz des Gemeinschuldners befindlichen Früchte von einem Grundstück in den altpreussischen Provinzen zur Immobiliarmasse, von einem am Rhein, in Sachsen, in Bayern u. s. w. belegenen Grundstücke hingegen zur Konkursmasse genommen werden müsse; ob die Feuerversicherungsgelder von dem dinglichen Hypothekenrecht ergriffen werden oder nicht, wird den Personalkredit wenig berühren.“ (M.: 192.)[2])

§ 40.

Gläubiger, welche an einer beweglichen körperlichen Sache, an einer Forderung oder an einem anderen Vermögensrechte des Gemeinschuldners ein Faustpfandrecht haben, können aus den ihnen verpfändeten Gegenständen abgesonderte Befriedigung wegen ihrer Pfandforderung verlangen, zunächst wegen der Kosten, dann wegen der Zinsen, zuletzt wegen des Kapitals.

(E.: § 40. M.: 195 ff. K.: 39; pr. K.-O. §§ 32, 263, 264.)

I.

Allgemeine Bemerkungen.

Mit Rücksicht darauf, dass die einzelne bewegliche Sache nicht, wie das unbewegliche Gut, für Recht und Kredit ein besonderes Gebiet einnimmt, sondern

[1]) Auch hinsichtlich der hier in Frage stehenden Verschiedenheiten enthalten die Motive ausführliche Darlegungen, auf welche verwiesen werden muss. (M.: S. 191, 192 und die denselben beigegebene Quellendarstellung.)

[2]) Bezüglich der einzelnen Gesetzgebungen sind die Anm. 4—6 in den Motiven (192) zu vergleichen. Für das französische Recht kommen in Betracht die Art. 520 und 2119 Code civil, und Art. 689 des Code de procédure civile.

dazu bestimmt ist, den Eigenthümer zu wechseln und dass der Personalkredit von dem Mobiliarkredit unlösbar ist, hielt man bei Aufstellung der K.-O. von vornherein an dem Gedanken fest, dass dieselbe das Mobiliarpfandrecht nicht unberührt lassen dürfe, wenn auch die Regelung nur insoweit zu erfolgen habe, als es für den Konkurs nothwendig sei. Es wurde dies in den Motiven (195 ff.) ausführlich gerechtfertigt, und insbesondere hervorgehoben, dass, so beweglich eine Sache, so veränderlich ihre Rechtssphäre sei, und wenn der Gesetzgeber nicht eingreife, eine grosse Unsicherheit für alle Arten von Gläubigern entstehen müsse. „Die K.-O. darf nimmermehr das proteusartige Territorialpfandrecht entscheiden lassen, sie darf auf eine einheitliche Grundlage nicht verzichten. Freilich kann und muss darauf Verzicht geleistet werden, das ganze Mobiliarpfandrecht einheitlich zu regeln; die K.-O. greift in dasselbe nur insoweit ein, als es für das Konkursrecht und das Konkursverfahren unbedingt nöthig ist. Dies tritt nach zwei Richtungen hervor. Einmal in der Frage: welche Ansprüche sollen ein Vorzugs- und Absonderungsrecht gewähren, mit anderen Worten: welche Arten von Pfandrechten sind für den Konkurs als wirksam anzuerkennen? und dann in der Frage, welchen Umfang geniessen sie im Konkurse"? Damit ein Absonderungsrecht auf Grund des § 40 geltend gemacht werden kann, wird übrigens regelmässig vorausgesetzt, dass der betr. Gegenstand zur Konkursmasse gehört. Ist dies nicht der Fall, kann vielmehr der Eigenthümer die Aussonderung des Gegenstands verlangen, so hat der Faustpfandgläubiger seine Ansprüche dem Eigenthümer gegenüber geltend zu machen und nöthigenfalls mit diesem gerichtlich auszutragen. Der Konkursverwalter hat sich nicht mit der Frage zu befassen, ob ein Gläubiger des Gemeinschuldners aus einem nicht zur Konkursmasse gehörigen Gegenstand seine Befriedigung suchen darf. (V. Vorbem. 1 zu Titel IV. und Bem. II. 2. c. zu § 41.) [1])

II.

Ansprüche, welche ein Absonderungsrecht gewähren.

1.

Erforderniss des Faustpfandrechts.

Das Recht, auf Grund des § abgesonderte Befriedigung zu verlangen, steht nur solchen aber auch allen solchen Gläubigern zu, welche an einer zur Konkursmasse gehörigen Sache ein Faustpfandrecht haben. Nur wenn dem Gläubiger der Besitz an der verpfändeten Sache übertragen wurde, das Verhältniss zur Sache also Jedermann, insbesondere den übrigen Gläubigern, erkennbar ist, kann ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung in einem Konkurse geltend

[1]) Anderer Ansicht ist, wie es scheint, von Völderndorff, der bei § 41 (Bem. a. II. Bd. I. S. 441) sagt: „Auch in Betreff der Frage, ob das gesetzliche Pfandrecht das Eigenthum des Schuldners voraussetze, entscheidet die Gleichstellung mit dem Faustpfandrechte. Sachen, welche nicht demjenigen gehören, welcher sie z. B. auf das gemiethete Grundstück eingebracht hat, werden in allen Fällen vom Absonderungsrecht des Vermiethers oder Verpächters ergriffen, in welchen auch die vertragsmässige Verpfändung des Inhabers ein Pfandrecht begründet hätte."

gemacht werden. „Die K.-O. entzieht jeder Hypothek an einer beweglichen Sache ohne Besitz die Wirkung eines Vorzugs- oder Absonderungsrechts gegenüber den anderen Gläubigern — jeder Hypothek, sowohl der stillschweigenden, gesetzlichen, richterlichen, als der vertragsmässigen, der öffentlichen wie der privaten, der speziellen wie der generellen Hypothek. Die daraus für die nächste Zukunft entspringenden Härten zu beseitigen, ist Aufgabe des Einführungsgesetzes.“ (M.: 197.) Durch § 12 E.-G. wird der Landesgesetzgebung die Befugniss eingeräumt, solchen Gläubigern, deren Pfand- und Vorzugsrechte ihre Wirksamkeit verlieren, ein Vorrecht vor allen oder einzelnen der in § 54 bezeichneten Forderungen zu gewähren.

Ob ein Faustpfandrecht, wie es § 40 voraussetzt, in gültiger Weise zu Stande gekommen ist, muss im Allgemeinen nach dem geltenden bürgerlichen Rechte beurtheilt werden, und zwar ist nach der richtigen Meinung das Recht der belegenen Sache, nicht das am Wohnsitz des Schuldners oder am Ort der Entstehung des Pfandrechts geltende Recht entscheidend.[1]) Insbesondere sind die civilrechtlichen Vorschriften hinsichtlich der Form des Vertrags, der Frage, ob die Verpfändung schriftlich geschehen muss u. s. w., unbedingt massgebend.[2]) Soweit es sich um das Erforderniss der Besitzübertragung handelt, wurde dagegen, um der laxeren Auffassung des gemeinen Rechts, nach welcher die Besitzübertragung auch durch constitutum possessorium erfolgen kann, im E.-G. (§§ 14 und 15) dafür gesorgt, dass nur ein „wirkliches Faustpfand“ berücksichtigt werde und demgemäss vorgeschrieben, dass der Gläubiger den thatsächlichen Besitz oder Gewahrsam der Sache erlangt und behalten haben muss. Die Vorschriften dieser §§ sind in den Motiven zu § 40 (S. 198 ff.), wo insbesondere die Zulässigkeit der „symbolischen Verpfändung“ erörtert wurde, ausführlich gerechtfertigt worden. Es muss jedoch in dieser Beziehung auf die Erläuterung des Einführungsgesetzes verwiesen werden.

Auf die in der Konkurskommission von Goldschmidt gestellte Frage, wesshalb die allgemeine Vorschrift, was im Sinne der Konkursordnung als Faustpfand anzusehen sei, im Einführungsgesetze und nicht im Gesetze selbst gegeben werde, erwiderte Regierungsrath Hagens: „Weder die K.-O. noch das E.-G. setze positiv die Erfordernisse des Pfandrechts fest. Es werde ein nach Civilrecht gültiges Faustpfandrecht vorausgesetzt und nur ein Minimum von Erfordernissen aufgestellt,

[1]) V. Savigny, System Bd. VIII. S. 175 ff. und 191 ff.; Windscheid, Pandekten, Bd. I. § 35 S. 80; Bar, internationales Privatrecht S. 20; Wächter, würtemb. Privatrecht Bd. II. S. 107 ff.; derselbe im Archiv für civilist. Praxis Bd. 25 S. 200 ff., insbesondere S. 383; ferner von Sarwey § 40 Bem. 5 I. S. 283 ff. A. M. ist Foelix, droit international Nr. 37, S. 62 ff, der eine grosse Zahl von älteren Schriftstellern für seine Meinung anführt.

[2]) Bezüglich des französischen Rechts kommt Art. 2074 C. c. in Betracht, der, sofern es sich um einen Betrag von mehr als 150 Franken handelt, einen gehörig registrirten, schriftlichen Vertrag verlangt. Hinsichtlich der Faustpfänder, welche ein Kaufmann dem anderen für eine Forderung aus einem beiderseitigen Handelsgeschäfte bestellt, ist Art. 309 H.-G.-B. massgebend.

sodass, falls nicht wenigstens dieses vorliege, das Faustpfandrecht nicht als Absonderungsrecht zugelassen werden solle. Die Regulirung des Verhältnisses der K.-O. zu dem in Geltung bleibenden bürgerlichen Rechte gehöre ebenso in das E.-G. wie die Regelung des Verhältnisses zu den bestehenden Konkurs-Ordnungen." (K.: 39.)

2.

Dem „Faustpfandrecht" können nicht bloss bewegliche körperliche Sachen, sondern auch Forderungen oder andere Vermögensrechte unterliegen. Desshalb wurden diese in § 40 ausdrücklich erwähnt. „Welche Rechte ausser den Forderungen Gegenstand eines Pfand- und Absonderungsrechts sein können, inwiefern dies namentlich mit Realdienstbarkeiten, Dienst- und Bannrechten, Regalien der Fall ist, inwiefern Papiere auf den Inhaber unter die Kategorie der unkörperlichen oder der körperlichen Gegenstände zu bringen sind, diese Fragen berührt die K.-O. nicht; sie setzt ein nach Civilrecht begründetes Pfandrecht voraus." (M.: 204.) Bezüglich der Form des Pfandvertrags sind, wie bei den körperlichen Sachen so auch hier, im Allgemeinen die Vorschriften des bürgerlichen Rechts entscheidend. Um auch dem Pfandrecht an Forderungen den Charakter des Faustpfands zu sichern, wurden jedoch in § 15 E.-G. besondere Massregeln vorgeschrieben, „aus denen ein Dritter das Pfandrecht des Gläubigers und die Beschränkung des Verpfänders in der Disposition über die Forderung muss ersehen können." (M.: 204, 205.)

III.

Wirkungen und Umfang des Absonderungsrechts.

1.

Allgemeine Bemerkungen.

Hinsichtlich der Wirkungen des Absonderungsrechts ist im Allgemeinen auf die Bem. zu § 3 zu verweisen, nach dessen Vorschrift die abgesonderte Befriedigung „unabhängig vom Konkursverfahren" erfolgt. Der Faustpfandgläubiger, dem auf Grund des § ein Absonderungsrecht zusteht, hat hienach das Recht, die ihm verpfändete Sache oder Forderung u. s. w. ganz ebenso, als ob kein Konkursverfahren bestände, zu verwerthen, bezw. zwangsweise veräussern zu lassen. (Bem. II. 1 zu § 3.) Da dieses Pfand immerhin zur Konkursmasse gehört, ist er aber verpflichtet, dem Konkursverwalter von dem Besitz desselben und von seiner Forderung Anzeige zu machen und muss auf Verlangen die Sache vorzeigen und deren Abschätzung gestatten. (§§ 108 und 110.) Auch kann der Absonderungsberechtigte, wenn der Konkursverwalter die Verwerthung des Pfandobjekts übernehmen will, dem nicht widersprechen, sondern in diesem Falle nur seine Rechte auf den Erlös geltend machen.

2.

Zubehör und Früchte.

Dem Absonderungsrecht unterliegen nur „die verpfändeten Gegenstände". Ob und inwieweit dasselbe sich auch auf Zubehör und Früchte erstreckt, ist

nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu beurtheilen. Damit diese Gegenstände der Absonderung unterliegen, genügt es aber nicht, dass sie nach bürgerlichem Recht verhaftet sind, sondern sie müssen sich auch in dem Besitz des Gläubigers befinden, was z. B. betreffs der Coupons verpfändeter Werthpapiere von Wichtigkeit ist. (M.: 206.)

3.

Pfandforderung.

Das Absonderungsrecht kommt dem Gläubiger für die ganze Pfandforderung zu. Für welche Forderungen des Pfandrecht zusteht, ist nach dem ausserhalb des Konkurses geltenden Recht zu beurtheilen. „Nach diesen bestimmt sich beispielsweise, ob das Pfand für Konventionalzinsen haftet. Dasselbe gilt von den Veränderungen und Erweiterungen des Pfandanspruchs durch Verwendungen, Auslagen, Verzug, Verschuldungen u. s. w." (M.: 207.) Auch bezüglich der rückständigen Zinsen wollte man das Absonderungsrecht nicht ausschliessen. Vielmehr sollen dieselben, soweit sie nicht verjährt sind, aus dem Erlös des Pfands bezahlt werden. Andererseits kann von dem Absonderungsrecht nur zu Gunsten der Pfandforderung Gebrauch gemacht werden. Auch wo dem Pfandgläubiger nach bürgerlichem Recht die Befugniss zusteht, die Pfandsache wegen blosser Chirographarforderungen zurückzubehalten, kann dieselbe sonach im Konkurs des Schuldners nicht ausgeübt werden.[1]) „Das Gordianische Privileg würde den ersten Prinzipien der K.-O. (§§ 10—12) zuwiderlaufen und es brauchte im Konkurse um so weniger zugelassen zu werden, als, soweit für dasselbe in der Verkehrswelt ein Bedürfniss behauptet werden möchte, diesem durch das gesetzliche Retentionsrecht des Handelsgesetzbuchs (Art. 313 ff.) vollauf Rechnung getragen wird. V. § 41 Nr. 8." (M.: 206.)

Dass für die einzelnen Bestandtheile der Pfandforderung (Kapital, Zinsen und Kosten) eine besondere Rangordnung festgesetzt wurde, hat darin seinen Grund, dass eine Kollision mehrerer Pfandgläubiger in der Befriedigung aus demselben Pfandstück eintreten kann und dass der Absonderungsberechtigte, soweit er aus dem Pfand nicht befriedigt worden ist, (nach § 57) seine Forderung als Konkursgläubiger anmelden kann. Der Konkursmasse gegenüber kann nämlich die Forderung nicht in demselben Umfange wie bei der abgesonderten Befriedigung geltend gemacht werden; insbesondere werden aus denselben die laufenden Zinsen nicht berichtigt (§ 56). Desshalb wurde festgesetzt, dass aus dem Erlös des verpfändeten Gegenstandes zuerst die Kosten und dann die Zinsen der Forderung gedeckt werden, ehe eine Zahlung auf das Kapital erfolgt (M.: 207, 208).

[1]) Nach gemeinem Rechte besteht Streit darüber, ob der Pfandgläubiger die Pfandsache auch wegen blosser Chirographarforderung zurückhalten darf. Im französischen Recht ist demselben das Zurückbehaltungsrecht bezüglich gewisser Forderungen durch Art. 2082 C. c. eingeräumt. Ob dadurch auch ein Vorzugsrecht begründet wird, ist bestritten, wird aber richtiger verneint. V. Zachariä § 434 Anm. 5 Bd. II. S. 558; Aubry et Rau § 434 Bd. III. S. 518.

§ 41.

Den Faustpfandgläubigern stehen gleich:

1. die Reichskasse, die Staatskassen und die Gemeinden, sowie die Amts-, Kreis- und Provinzialverbände wegen öffentlicher Abgaben, in Ansehung der zurückgehaltenen oder in Beschlag genommenen zoll- und steuerpflichtigen Sachen;
2. Verpächter wegen des laufenden und des rückständigen Zinses, sowie wegen anderer Forderungen aus dem Pachtverhältnisse, in Ansehung der Früchte des Grundstücks und der eingebrachten Sachen, sofern die Früchte oder Sachen sich noch auf dem Grundstücke befinden;
3. Pächter in Ansehung des in ihrem Gewahrsam befindlichen Inventars wegen der Forderung für dieses;
4. Vermiether wegen des laufenden und des für das letzte Jahr vor der Eröffnung des Verfahrens rückständigen Zinses, sowie wegen anderer Forderungen aus dem Miethverhältnisse, in Ansehung der eingebrachten Sachen, sofern die Sachen sich noch auf dem Grundstücke befinden;
5. Gastwirthe wegen ihrer Forderungen für Wohnung und Bewirthung des Gastes, in Ansehung der von demselben eingebrachten, von ihnen zurückbehaltenen Sachen;
6. Künstler, Werkmeister, Handwerker und Arbeiter wegen ihrer Forderungen für Arbeit und Auslagen, in Ansehung der von ihnen gefertigten oder ausgebesserten, noch in ihrem Gewahrsam befindlichen Sachen;
7. diejenigen, welche etwas zum Nutzen einer Sache verwendet haben, wegen des, den noch vorhandenen Vortheil nicht übersteigenden Betrages ihrer For-

derung aus der Verwendung, in Ansehung der zurückbehaltenen Sache;

8. diejenigen, denen nach dem Handelsgesetzbuche an gewissen Gegenständen ein Pfandrecht oder Zurückbehaltungsrecht zusteht, in Ansehung dieser Gegenstände;

9. diejenigen, welche durch Pfändung ein Pfandrecht erlangt haben, in Ansehung der gepfändeten Gegenstände.

(E.: § 41. M.: 208 ff. K.: 39 ff. und 150, ferner 202—204, pr. K.-O. § 33, § 36 Abs. 2.)

I.

Allgemeine Grundsätze.

1.

Bei Aufstellung der K.-O. ging man von der Ansicht aus, dass gesetzliche Pfandrechte an einzelnen Mobilien an sich nicht verwerflich seien, dass aber die in manchen Gebieten das Mass der Berechtigung überschreitenden Legal-Pfand- und Vorzugsrechte erheblich beschränkt werden müssten. Bezüglich der Voraussetzungen, unter denen solche gesetzliche Vorzugsrechte den Faustpfandrechten gleichgestellt werden sollten, wurde in den Motiven (208) bemerkt: „Auch sie müssen die erste Bedingung erfüllen; auch sie müssen dadurch erkennbar sein, dass der Gläubiger die Sache in Besitz hat, — Legalhypotheken sind verwerflich. Und zum Andern kann das Gesetz — ohne und gegen den Willen des Schuldners und mit Zurücksetzung der übrigen Gläubiger — nur solchen Gläubigern das Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus einer Sache einräumen, deren Forderungen zu dieser Sache in unmittelbarer Beziehung stehen.“ Von diesem Gesichtspunkt aus wurden die im § bezeichneten Vorzugs- und Absonderungs-Rechte aufgestellt, welche im ganzen Bereich der K.-O. Geltung haben, und durch welche alle bisher bestehenden Absonderungsrechte, insbesondere das des Mündels an den mit seinem Geld vom Vormund erworbenen Sachen, das Pfandrecht der Vermächtnissnehmer an den Erbstücken des mit dem Vermächtniss belasteten Erben, das Vorzugsrecht des Verkäufers nach Art. 2102 Nr. 4 Code civil beseitigt werden. Soweit es sich nicht um ein Konkursverfahren handelt, bleiben die landesgesetzlich bestehenden Mobiliarpfandrechte natürlich in Geltung. Andrerseits werden durch die Vorschriften des § 41 keine Pfandrechte begründet welche auch ausserhalb des Konkursverfahrens zur Anwendung kommen. Vielmehr entscheidet darüber, welche Rechte den im § angeführten Gläubigern ausserhalb des Konkurses zustehen, lediglich das bürgerliche Recht.

2.

Durch die Vorschrift, dass die in den Nrn. 1—9 genannten Gläubiger „den Faustpfandgläubigern gleichstehen,“ soll deren Stellung zur Konkursmasse

bezeichnet werden. „Jedem der gesetzlichen Gläubiger wird das Recht der Absonderung in dem Umfange gewährt, wie ihn § 40 begrenzt. Die Rangordnung des § 40 findet, was die einzelnen Bestandtheile der Forderung betrifft, auf alle Arten der gesetzlichen Pfandrechte Anwendung. Die Gleichstellung ist eine allgemeine für alle Beziehungen der Pfandgläubiger zur Konkursmasse; sie erstreckt sich ebenso auf das Recht der Liquidation als Konkursgläubiger (§ 57), wie auf die Pflicht der Anzeige des Pfandbesitzes (§§ 108 ff.), zur Gestattung der Abschätzung und des Zwangsverkaufs (§§ 110, 117), zur Geltendmachung des Abfindungsanspruchs (§ 141) u. s. w. Die Modifikationen, welche durch diese Bestimmungen das bürgerliche Recht erleidet, halten sich innerhalb der Grenzen des Konkursrechts. Ueber diese hinaus bleibt das Civilrecht unberührt. Der Inhalt der einzelnen Rechte, die Befugniss und die Art ihrer Ausübung, das Recht zum Verkauf u. s. w., bleibt daher ein verschiedener, so der gesetzlichen Pfandrechte im Verhältniss zu den vertragsmässigen, wie der gesetzlichen Pfand-, Retentions- und Absonderungsrechte unter sich." (M.: 217, 218.)

3.

Kollisionen zwischen den verschiedenen in den §§ 40 und 41 aufgezählten Absonderungsrechten werden nicht gerade häufig vorkommen, weil ein Absonderungsrecht in der Regel nur durch körperliche Besitzergreifung erworben werden kann und der Besitzer sonach in der Lage ist, die spätere Erwerbung eines Faustpfand- oder Absonderungsrechts thatsächlich zu verhindern. Dieselben sind aber doch nicht ausgeschlossen, können vielmehr in den Fällen des § 41 Nr. 2, 4 und 8, ausserdem aber in solchen Fällen vorkommen, in welchen ein Faustpfandrecht ohne körperlichen Gewahrsam der Sache (durch symbolische Verpfändung, Verpfändung durch Uebergabe der Waarenscheine u. s. w.) erworben werden kann, oder das Pfandrecht durch den Verlust der Detention nicht erlischt.[1]) Bezüglich solcher Kollisionen wurde in die K.-O. absichtlich keine Bestimmung aufgenommen, so dass für diesen Fall die Vorschriften des bürgerlichen Rechts entscheiden. In den Motiven (219, 220) wurde dies in folgender Weise gerechtfertigt: „Das geltende Recht regelt die Kollision der verschiedenen Pfandrechte theils nach allgemeinen Grundsätzen — entweder entscheidet der körperliche Besitz der Sache (l. 10 pr. D. de pign. 20. 1., C. 14. D. qui pot. 20. 4, pr. A. L.-R. §§ 275, 336 ff. 387 I. 20, § 74 I. 7., H.-G.-B. Art. 306, 409, 624, 650, 697, 727, 723 u. s. w.), oder die nützliche Anwendung (l. 6. 5 pr. D. qui pot. 20. 4); oder das Alter gibt den Ausschlag, (H.-G.-R. Art. 651; pr. A. L.-R. §§ 302 ff. I. 20; pr. E.-G. zum H.-G.-B. Art. 59 § 3; pr. Berggesetz § 236, C.-P.-O. § 709 Abs. 3.). Theils hat für gewisse Klassen von Pfandrechten das H.-G.-B. besondere Rangordnungen aufgestellt, die auf jenen allgemeinen Rechtsgrundsätzen beruhen (Art. 411, 771 ff., 779, 781.). Die K.-O. hat keine

[1]) Ob das kaufmännische Retentionsrecht durch Verlust des Gewahrsams allgemein erlischt, ist streitig. Goldschmidt (Handelsrecht Bd. I. Abth. 2 § 98 Note 90—93 S. 1053) bejaht die Frage. Dagegen wird dieselbe von Anschütz-Völderndorff, Kommentar zum H.-G.-B. Bd. III. S. 199 verneint. V. auch von Völderndorff § 41 Bem. V. Bd. I. S. 443 ff.

Veranlassung, in die einen oder in die anderen einzugreifen. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze und die letztgedachten Rangordnungen sind übereinstimmendes oder gemeinschaftliches Recht für Deutschland. Und anderentheils hat die Frage, in welchem Verhältnisse die verschiedenen Pfand- und Absonderungsgläubiger unter sich Anspruch auf die Sache und deren Erlös erheben können, für das Konkursverfahren nur mittelbares Interesse. Die K.-O. kann daher nicht positiv eine einheitliche Rangordnung für die bei Gelegenheit des Konkursverfahrens eintretende Kollision aufstellen. Alle in den neun Kategorien des § 41 aufgeführten Gläubiger sollen „den Faustpfandgläubigern gleichstehen," d. h. es soll für die Ausübung der einzelnen Absonderungsrechte gegenüber der Konkursmasse und dem Konkursverwalter keinen Unterschied machen, ob dieselben Vertragspfandrechte (§ 40) sind, oder ob sie einer der gesetzlichen Kategorien und welcher von ihnen angehören; die Reihenfolge des § 41 ist keine Rangfolge. Gegeneinander mögen die einzelnen Absonderungsberechtigten ihre Prioritätsrechte nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zum Austrag bringen." Auch das in Nr. 9 angeführte Pfändungspfandrecht (§§ 709 und 810 C.-P.-O), bezüglich dessen, sofern verschiedene Pfändungen vorliegen, das Alter entscheidet (§ 709 Abs. 3), ist gegenüber den unter Nr. 1—8 bezeichneten Pfandrechten nicht bevorzugt.

II.

Besondere Bemerkungen.

1.

Vorzugsrecht für öffentliche Abgaben.

(Nr. 1.)

Das in Nr. 1 geregelte Absonderungsrecht setzt vor Allem voraus, dass es sich um „zoll- und steuerpflichtige Sachen" handelt, kommt also nur bei Zöllen (§§ 14 und 100 des Vereinszollgesetzes), Verbrauchssteuern, Uebergangsabgaben und anderen derartigen Abgaben, die auf bestimmten steuerpflichtigen Sachen haften, nicht aber bei direkten Steuern, oder solchen Abgaben, die persönlicher Natur sind, zur Anwendung. Bezüglich dieser letzteren kann vielmehr ein Absonderungsrecht nur durch Pfändung (Nr. 9) erworben werden. Ausserdem wird vorausgesetzt, dass die zoll- und steuerpflichtigen Sachen „zurückgehalten oder in Beschlag genommen" worden sind, und es wird das Absonderungsrecht nur dann geltend gemacht werden können, wenn die Zurückbehaltung oder Beschlagnahme gesetzlich zulässig war. Soweit sich das Absonderungsrecht auf § 14 des Vereinszollgesetzes vom 10. Juli 1869 (B. G.-Bl. S. 317) gründet, kommt demselben nach der ausdrücklichen Vorschrift dieses §, auf welche auch in den Motiven (220) verwiesen wurde, ein Vorrang vor allen anderen Absonderungsrechten zu. Die Bevorzugung der Gemeinden und des Fiskus, welche abgesehen von diesem Falle durch § 34 der pr. K.-O. vorgeschrieben war, wird dagegen durch § 41 bezw. § 4 E.-G. beseitigt.[1])

[1]) V. auch Hullmann § 41 Bem. 5 S. 178 und von Wilmowski Bem. 2 zu § 4 E.-G. S. 344. A. M. ist von Sarwey, der (§ 41 Bem. 2 S. 303) behauptet, § 34 der

2.

Absonderungsrecht des Verpächters bezüglich der Früchte und eingebrachten Sachen.

(Nr. 2.)

a.

Das Absonderungsrecht des Verpächters ist nicht bloss zu Gunsten des Pachtzinses, sondern auch zu Gunsten anderer Forderungen aus dem Pachtverhältnisse, insbesondere wegen Beschädigungen des Pachtguts u. s. w. (M.: 209) bewilligt. Dasselbe bezüglich des rückständigen Pachtzinses auf eine bestimmte Zeit zu beschränken, wie es in Nr. 4 bezüglich des Miethzinses geschehen ist, wurde unterlassen, „damit die Verpächter in der Lage sind, bei Missernten, Ueberschwemmungen oder sonstigen wirthschaftlichen Nothständen den Pachtzins angemessen zu stunden." (M.: 209.) Ein Antrag, das Absonderungsrecht des Verpächters ebenfalls nur für die rückständigen Zinsen eines Jahres zu gewähren, wurde von der Justizkommission abgelehnt (K.: 39. 40).

b.

Bezüglich der Früchte, auf welche sich das Absonderungsrecht erstreckt, ist nicht, wie es in anderen Gesetzgebungen meist geschehen ist, ausdrücklich bestimmt worden, von welchem Augenblick an das Absonderungsrecht wirksam wird. Es ergibt sich dies jedoch aus der Natur der Sache. „Entscheidend ist der Moment, mit welchem der Pächter das Eigenthum an den Früchten erwirbt: ob von ihrer Entstehung an oder der Absonderung oder der Einerntung.[1]) An eigenen Sachen kann der Verpächter ein Pfandrecht nicht haben. Sobald aber ein Pfandrecht desselben an den Früchten nach Civilrecht statthaft ist, gewährt es die K.-O., ohne Beschränkung, ob die Früchte noch stehen oder schon eingeerntet sind und ohne Rücksicht darauf, von welcher Ernte sie herrühren." (M.: 210.) Wenn der Pächter das Grundstück weiter verpachtet, und die Früchte Eigenthum des Afterpächters werden, so kann dadurch das Absonderungsrecht des Verpächters an den Früchten des Grundstücks, das nur geltend gemacht werden kann, wenn die Früchte zur Konkursmasse gehören, ausgeschlossen werden. Seine etwaigen civilrechtlichen Ansprüche hat der Verpächter in diesem Falle dem Afterpächter gegenüber geltend zu machen. (Bem. 2. c.) Hat der Pächter den Pacht mit Zustimmung des Verpächters an einen Anderen abgetreten und der Verpächter diesen letzteren als Pächter acceptirt, so kommt § 41 auch dann zur Anwendung, falls dieser neue Pächter in Konkurs geräth.

pr. K.-O. sei durch die K.-O. nicht aufgehoben, und begründe als „Landesrecht" ein Vorzugsrecht vor anderen Absonderungsberechtigten. Dieser Auffassung kann aber nach § 4 E.-G., nach welcher auch die konkursrechtlichen Bestimmungen der Landesgesetze, welche nicht ausdrücklich aufrecht erhalten werden, der Aufhebung unterliegen, nicht als richtig angesehen werden.

[1]) Die bezüglich der Früchte bestehenden Verschiedenheiten sind in den Motiven auf Seite 210 (v. insbes. Anm. 3 und 4) dargelegt.

c.

Bezüglich des Begriffs der „Illaten", der nach gemeinem Recht streitig ist, wurde in den Motiven (209) bemerkt: „Der im Anschluss an die preussische Konkurs-Ordnung (§ 33 Nr. 4) gebrauchte Ausdruck „eingebrachte Sachen" darf nicht auf die Sachen beschränkt werden, die zu dauerndem Verbleiben in dem Grundstücke bestimmt sind; auch die Sachen müssen als eingebracht gelten, welche dem Miethszweck entsprechend auf dem Grundstücke ihren Stand- oder Verwahrungsort haben sollen; dies trifft vornehmlich bei Waaren zu, die mit der Bestimmung inferirt sind, dort verkauft oder verbraucht zu werden." [1]) Immer wird aber vorausgesetzt, dass die Sachen vom Pächter auf das gepachtete Grundstück verbracht wurden. Ein Vorrecht des Verpächters an der Forderung des Pächters gegen dessen Unterpächter, oder an dem von diesem letzteren zu zahlenden Pachtzins, wie Art. 1753 C. c. und § 154 der Bremer Handfesten-Ordnung gewährt, besteht nach der K.-O. nicht. Nach den Motiven (210) liess man dasselbe „für den Konkurs des Pächters fallen", weil „die civilrechtliche Sicherung durch die Illaten des letzteren und die Früchte des Grundstücks als genügend erschien." Dass bloss die eigenen dem Pächter gehörenden Illaten nicht auch die Sachen eines Dritten, welche der Pächter ohne Einwilligung des Eigenthümers verpfänden kann, dem Absonderungsrecht des § 41 unterworfen sind, wurde in den Motiven (210) ausdrücklich hervorgehoben, indem bemerkt wurde: „Ein solcher Satz findet in einer Konkurs-Ordnung nicht die richtige Stelle. Ob das Pfandrecht des Verpächters und Vermiethers sich auch auf die nicht dem Gemeinschuldner, sondern einem Dritten, gehörigen Sachen erstreckt, liegt ausserhalb des Konkursrechts und bestimmt sich lediglich nach dem bürgerlichen Recht. Dasselbe gilt für die Befugniss des Verpächters oder Vermiethers, sich für seine Forderungen gegen den Gemeinschuldner an die Illaten eines Afterpächters oder Aftermiethers und im Falle der Afterpacht an die dem Afterpächter gehörigen Früchte des Pachtgrundstücks zu halten." Auch muss diese Bemerkung als vollkommen zutreffend angesehen werden. Von einem Absonderungsrecht kann nur die Rede sein bezüglich solcher Sachen, die zur Konkursmasse gehören, d. h. die sich im Eigenthum des Gemeinschuldners befinden. Handelt es sich um andere Gegenstände, deren Aussonderung aus der Konkursmasse verlangt werden kann, so muss der Vermiether die Ansprüche, die ihm etwa nach dem bürgerlichen Recht an den betr. Sachen zustehen, dem Eigenthümer oder Besitzer gegenüber geltend machen. (V. Bem. I. zu § 40.) Im Konkurs des Pächters kann hienach ein Absonderungsrecht auf Grund des § 41 nur bezüglich der diesem gehörenden Sachen geltend gemacht werden. Handelt es sich um den Konkurs eines Dritten bezw. Afterpächters, dessen Sachen ein nicht in Konkurs befindlicher Pächter, auf das von ihm gepachtete Grundstück eingebracht hat, so kann dem Verpächter unter Umständen ein Faustpfand-

[1]) Dass auch die zum Verkauf bestimmten Waaren zu den eingebrachten Sachen gehören, auf welche sich das Pfandrecht des Vermiethers bezieht, ist die Ansicht des preuss. Obertribunals (Striethorst Bd. 95 Nr. 37, S. 186 ff.) und des Reichs-Oberhandelsgerichts (Entscheid. Bd. 6 Nr. 65 S. 281 ff.).

recht (§ 40) zustehen. Ein Absonderungsrecht nach § 41 besteht aber nicht, da die Sachen nicht als „eingebrachte Sachen" im Sinne des § anzusehen sind. [1])

d.

Damit der Verpächter das Absonderungsrecht ausüben kann, ist es nicht erforderlich, dass er schon vor der Konkurseröffnung von den in Frage stehenden Sachen bezw. Früchten Besitz ergriffen hat, sondern es genügt der Umstand, dass sich diese Gegenstände „noch auf dem Grundstücke befinden", der Verpächter somit in der Lage ist, sich jederzeit den Gewahrsam derselben zu verschaffen. „Dieses thatsächliche Verhältniss genügt für das Pfandrecht des Verpächters oder Vermiethers, denn es ist für Jedermann erkennbar." (M.: 211.) Um jedes Missverständniss über diesen Punkt auszuschliessen, wurde die Fassung der pr. K.-O. (§ 33 Nr. 4) vermieden, welche dem Verpächter und Vermiether die Rechte der Faustpfandgläubiger nur einräumte, „soweit dieser das ihm zustehende Zurückbehaltungsrecht an den Illaten ausübt." Dass die vor der Konkurseröffnung erfolgte Besitzergreifung durch den Gläubiger nicht nothwendig sei, wurde denn auch in den Motiven (211) ausdrücklich bemerkt und in folgender Weise begründet: „Das verlangt weder das preussische, noch das römische noch das französische Recht. [2]) Es kann nicht verlangt werden, ohne das Absonderungsrecht des Vermiethers und Verpächters illusorisch zu machen. Die durch die Illation der Sache begründete Dinglichkeit besteht so lange, als jene thatsächliche Möglichkeit der sofortigen Besitzergreifung besteht, so lange als die Sachen und die Früchte sich noch auf dem Grundstück oder in den Räumen desselben befinden. War dies zur Zeit der Konkurseröffnung der Fall, so muss in dem Konkurs das Absonderungsrecht anerkannt werden; es geht nicht verloren dadurch, dass ohne Widerspruch des Gläubigers die Illaten und die Früchte zur Konkursmasse gezogen oder durch den Konkursverwalter verkauft sind. Waren dagegen die zur Konkursmasse gezogenen Früchte oder Illaten schon vor

[1]) V. von Sarwey, der (§ 41 Bem. 12 S. 314 ff.) bemerkt, die Ausführungen in den Motiven seien zwar richtig, sofern es sich um den Konkurs des Pächters bezw. Miethers handle, dagegen werde das Konkursrecht berührt, wenn die Frage im Konkurse des dritten Eigenthümers oder Aftermiethers entstehe, in letzter Beziehung aber zur Ansicht gelangt, dass dem Verpächter bezw. Vermiether im Konkurse des dritten Eigenthümers kein Absonderungsrecht zustehe; ferner von Wilmowski § 41 Bem. 4 S. 149 ff. A. M. ist von Völderndorff, der (§ 41 Bem. e. Bd. I. S. 452 ff.) die in den Motiven gemachte Bemerkung bestreitet und behauptet, das Absonderungsrecht des Verpächters umfasse alle eingebrachten Sachen ohne Rücksicht auf deren rechtliche Qualität, einerlei, ob Sachen des Pächters bezw. Miethers in Frage stehen. Hiebei ist aber offenbar übersehen, dass die K.-O. nicht die Frage zu regeln hat, welche Rechte an einer gar nicht zur Konkursmasse gehörigen Sache zustehen und dass die §§ 110 ff., 117 u. s. w. unmöglich zur Anwendung kommen können, bezüglich einer Sache, welche aus der Konkursmasse auszusondern ist.

[2]) V. hiezu die Urtheile des pr. Obertrib. vom 12. Febr. 1852 und 29. Nov. 1853 (Striethorst Bd. 6 Nr. 12 S. 43 und Bd. 11 Nr. 19 S. 81) und das Urtheil des R.-O.-H.-G. vom 28. Mai 1872 (Entscheid. Bd. 6 Nr. 65 S. 281 ff.).

Eröffnung des Verfahrens nicht heimlich und nicht gewaltsam von dem Pacht- und Miethsgrundstück entfernt worden, so hatte der Gläubiger mit jenem Besitzverhältniss das Pfandrecht verloren. Ob der Verlust durch vorhergegangene exekutive Pfändung bei geschehenem oder unterlassenem Widerspruch des Vermiethers oder Verpächters eintritt, muss sich nach den Vorschriften der Prozess-Ordnung (§ 710) entscheiden. In gleicher Weise sind die Bestimmungen des Civilrechts entscheidend für Fälle der Kollision zwischen Vermiether und Verpächter mit einem Dritten Käufer oder Besitzer der Sachen." Ob der Vermiether berechtigt ist, die gegen seinen Willen (heimlich oder mit Gewalt) fortgeschafften Gegenstände wieder zurückbringen zu lassen und dadurch sein Absonderungsrecht zu wahren, ist nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts zu beurtheilen. Nach allgemeinen Grundsätzen wird die Frage zu bejahen sein.[1]) Nach französischem Recht (Art. 2102 C. c.) steht dem Vermiether bezüglich der ohne Zustimmung aus dem Haus gebrachten Mobilien eine „revendication" zu.

3.

Absonderungsrecht des Pächters in Ansehung des Inventars.

(Nr. 3.)

Falls über das Vermögen des Verpächters der Konkurs eröffnet ist, und das vorhandene Inventar als dessen Eigenthum zur Konkursmasse gehört, steht dem Pächter an den in seinem Gewahrsam befindlichen Gegenständen des Inventars wegen der Forderungen für dasselbe („für Plus- und Superinventar") ein Absonderungsrecht zu. Zur Rechtfertigung und Erläuterung der betr. Vorschrift wurde in den Motiven (211 und 212) bemerkt: „Das Inventar gilt manchen Civilrechten, insbesondere dem preussischen A. L.-R. als Inbegriff, welcher trotz Vermehrung, Verringerung, Verschlechterung oder Verbesserung Eigenthum des Verpächters bleibt, wenn nicht das Gegentheil bedungen ist. Bei Rückgewähr der Pachtung muss wegen desselben eine Auseinandersetzung zwischen Verpächter und Pächter stattfinden. Die Auseinandersetzung hat aber nicht den Charakter der Theilung einer gemeinsamen Sache und wird von der pr. K.-O. (§ 36 Abs. 2) nicht zutreffend unter die Fälle einer solchen gebracht. Die Ansprüche des Pächters auf Herausgabe des Plus- und Superinventars oder Entschädigung sind obligatorischer Natur. Aber der Pächter ist durch den Besitz des Inventars gesichert. Dadurch rechtfertigt sich das Absonderungsrecht des Pächters in dem Konkurse des Verpächters. Dasselbe kann freilich nur für diese, nicht auch für sonstige Forderungen aus dem Pachtverhältnisse, namentlich Meliorationsforde-

1) V. im Sinne der Motive: Förster, pr. Privatrecht §§ 36 und 395; Dernburg, pr. Privatrecht Bd. I. S. 807, sowie die dort angeführten Entscheid. des pr. Obertribunals. A. M. ist von Sarwey (§ 41 Bem. 13 S. 316), der die vom Standpunkt des pr. Rechts ergangenen Entscheidungen nicht als massgebend anerkennen will, und geltend macht, wenn sich die Sachen zur Zeit der Konkurseröffnung nicht in dem vom Gesetz vorgesehenen Verhältniss befänden, könne das Absonderungsrecht nicht verfolgt werden. Im obigen Sinn spricht sich aus von Völderndorff § 41 Bem. f. Bd. I. S. 454.

rungen gewährt werden, denn das Inventar steht zu sonstigen Pachtforderungen in keiner Beziehung.

Der Verpächter nimmt in dem Konkurse des Pächters das Inventar als sein Eigenthum heraus; sofern aber das Inventar nach Landesrecht oder zufolge besonderer Abrede Eigenthum des Pächters geworden, ist die Forderung des Verpächters auf Rückgewähr durch das Absonderungsrecht der vorigen Nummer gesichert."

4.

Vorzugsrecht des Vermiethers.

(Nr. 4.)

Bezüglich des dem Vermiether eingeräumten Absonderungsrechtes gelten im Allgemeinen dieselben Vorschriften, die Nr. 2 zu Gunsten des Verpächters enthält. Es ist desshalb hier auf die Bem. unter Nr. 2 zu verweisen. Soweit der Miethzins in Frage steht, kommt jedoch die Forderung der Vermiethers nur insoweit in Betracht, als es sich um das letzte Jahr vor Eröffnung des Verfahrens und um die von da an weiter laufenden Miethzinsen handelt. Auf die Zeit der Fälligkeit kommt in dieser Beziehung nichts an; vielmehr ist lediglich der Tag der Konkurseröffnung entscheidend und von diesem an rückwärts gerechnet nur der Miethzins für ein Jahr durch Absonderungsrecht geschützt.

5.

Absonderungsrecht der Nr. 5—7.

a.

Allgemeine Bemerkungen.

Ob das Retentionsrecht auch im Konkurs anerkannt und ihm dieselbe Wirkung wie dem Pfandrecht beigelegt werden muss, ist im gemeinen Recht streitig, während das französiche Recht die Frage grundsätzlich bejaht, in Art. 2082 C. c. aber den Grundsatz erheblich beschränkt. In der pr. K.-O. (§ 33) gilt der Grundsatz, dass das Retentionsrecht der Konkursmasse gegenüber an sich nicht geltend gemacht werden könne, sondern nur in Ausnahmefällen zu berücksichtigen sei, und dieser Grundsatz, der in den Motiven (212 ff.) ausführlich gerechtfertigt worden ist, hat auch in der K.-O. Anerkennung gefunden. In der Reichstagskommission wurde zwar von Goldschmidt der Antrag gestellt, die Nr. 5—7 zu streichen und statt dessen allen denjenigen, „denen nach den Landesgesetzen ein Zurückhaltungsrecht an gewissen Gegenständen zusteht", ein Absonderungsrecht in Ansehung der zurückgehaltenen Gegenstände einzuräumen. Dieser Antrag wurde aber nach längerer Debatte abgelehnt, nachdem Regierungsrath Hagens das System des Entwurfs vertheidigt und insbesondere hervorgehoben hatte, „dass die im Wesentlichen übereinstimmenden preussischen Vorschriften zu keinen Unzuträglichkeiten geführt hätten". (K.: 40, 41.) Bei Berathung des Einführungsgesetzes (§ 5) wurde gleichfalls ohne Erfolg vorgeschlagen, diejenigen landesgesetzlichen Vorschriften aufrecht zu erhalten, „welche in einem weiteren Umfange als § 41 K.-O. ein Zurückbehaltungsrecht zulassen und dem

zur Zurückhaltung Berechtigten das Recht auf abgesonderte Befriedigung gewähren.“ Auf Grund eines dem Gemeinschuldner gegenüber zustehenden Retentionsrechts kann hienach ein Absonderungsrecht nur in den Fällen geltend gemacht werden, in welchen § 41 ein solches ausdrücklich zulässt.

b.

Absonderungsrecht der Gastwirthe.

(Nr. 5.)

Das Absonderungsrecht des Gastwirths, das auch im Code civil (Art. 2102 Nr. 5) und in der preussischen K.-O. (§ 33 Nr. 5) Anerkennung gefunden hat, kommt nur dem eigentlichen Gastwirth, der den Gästen auch Wohnung gewährt, nicht auch dem Weinwirth, Bierwirth, Restaurateur, Cafetier u. s. w. zu. [1]) Ausserdem steht dasselbe auch dem Gastwirth nur wegen seiner Forderungen für Wohnung und Bewirthung, nicht aber wegen sonstiger Forderungen zu. Insbesondere kann derselbe, wie auch in den Motiven (212) hervorgehoben wurde, wegen der Vorschüsse, die er dem Gast gemacht hat, die Vorschrift des § nicht anrufen. Das Wort „Bewirthung“ ist übrigens nicht bloss auf die eigentliche Verzehrung zu beschränken, sondern in einem weiteren Sinne zu fassen, nach welchem Alles, was gewöhnlich im Gasthof entnommen und auf die Rechnung gesetzt wird (z. B. Omnibus, Lichter, Bäder u. s. w.) hierher gehört. [2]) Das Absonderungsrecht bleibt nur solange in Kraft, als die eingebrachten Sachen „zurückgehalten“ wurden, erlischt also, wenn der Gastwirth zugibt, dass diese Sachen aus seinen Räumlichkeiten entfernt werden, und ihm dadurch die Möglichkeit benommen wird, sich derselben zu bemächtigen. Dass der Gastwirth von den betr. Sachen in besonderer Weise Besitz ergriffen hat, ist auch hier nicht erforderlich. Vielmehr genügt es, dass dieselben in sein Haus „eingebracht“ wurden, und dort verblieben. (Bem. 2. d.) [3])

Bezüglich der Frage, ob sich das Absonderungsrecht auch auf Sachen bezieht, die nicht dem Gaste sondern einem Dritten gehörten, ist auf die obigen Ausführungen (Bem. 2 c.) zu verweisen. Die Vorschrift der pr. K.-O., nach welcher das Absonderungsrecht sich auch auf diejenigen Gegenstände erstreckt, welche der Gast ohne Einwilligung des Eigenthümers zu verpfänden befugt ist, wurde aus den in den Motiven (Bem. 2. c.) angegebenen Gründen beseitigt. [4])

[1]) A. M. von Völderndorff § 41 ad 5 Bem. a Bd. I. S. 458.

[2]) V. von Völderndorff § 41 ad 5 Bem. b. Bem. I. S. 458.

[3]) A. M. ist von Sarwey, der (§ 41 Bem. 16 S 318) zur Ansicht gelangt, dass der Gegenstand sich in der Detention des Wirths befinden müsse und das blosse Verbringen in dessen Räume nicht genüge. V. dagegen von Völderndorff § 41 ad 5 Bem. d. I. Bd. I. S. 460.

[4]) von Völderndorff meint (§ 41 ad 5 Bem. d. II.), das Absonderungsrecht des Gastwirths müsse jedenfalls auf gewisse fremde Sachen ausgedehnt werden. An der Thatsache, dass die in Frage stehenden Gegenstände nicht zur Konkursmasse gehören, wird aber durch die von ihm angeführten Verhältnisse nichts geändert. Ob die fremden Sachen, welche der Gast eingebracht hat, dem Gastwirthe haften, ist nach bürgerlichem Rechte zu beurtheilen.

c.

Absonderungsrecht von Künstlern, Werkmeistern u. s. w.

(Nr. 6.)

Das in Nr. 6 aufrechterhaltene Absonderungsrecht kann nur für solche Forderungen in Anspruch genommen werden, welche „für Arbeit und Auslagen in Ansehung der angefertigten oder ausgebesserten Sachen entstanden sind, „nicht für andere in Folge der Bestellung etwa gehabte Unkosten." (M.: 214.) Das Absonderungsrecht wird in der Regel von selbständigen Meistern im Konkurs des Bestellers geltend gemacht werden; es steht aber auch den Arbeitern zu, welchen der Meister die Anfertigung oder Ausbesserung einer Sache übertragen hat, und in deren Gewahrsam sich diese befindet. Hiebei kommt nichts darauf an, ob die Arbeit durch Stücklohn oder Tagelohn bezahlt wird; das Absonderungsrecht kann aber nur bezüglich des Arbeitslohns in Ansehung der im Gewahrsam des Arbeiters befindlichen Sache geltend gemacht werden. Da in den §§ 40 und 41 nur bewegliche Sachen als Gegenstand des Absonderungsrechts in Betracht kommen, versteht es sich auch von selbst, dass Werkmeister, welche auf dem Grundstücke des Gemeinschuldners Bauten vorgenommen haben, nicht auf Grund der Nr. 6 ein Absonderungsrecht beanspruchen können, sondern nur auf Grund des § 39. Durch die Beifügung des Wortes „Künstler", das in § 33 der pr. K.-O. fehlte, wurde ausser Zweifel gestellt, dass auch solche Arbeiten, welche nicht dem Bereich des Handwerks angehören, sondern eine künstlerische Befähigung voraussetzen, durch das Vorzugsrecht geschützt sind.

d.

Verwendungen zum Nutzen einer Sache.

(Nr. 7.)

Das in Nr. 7 geregelte Absonderungsrecht, das nur insoweit wirkt, als „bei der Abforderung der Vortheil noch vorhanden war", wurde in den Motiven (214) durch die Bemerkung gerechtfertigt: „Fliesst mit der Verabfolgung einer Sache zugleich zur Konkursmasse der Vortheil aus einer zum Nutzen der Sache geschehenen Verwendung, so würde die Abforderung ohne Vergütung dieses Vortheils dolos sein. Schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen wirkt der Anspruch aus einer nützlichen Verwendung in rem und verleiht das Recht auf vorzugsweise Befriedigung." Uebrigens wird durch die K.-O. nicht eine Forderung wegen der Verwendung begründet, sondern eine solche vorausgesetzt. Ob eine Forderung besteht, ist nach dem bürgerlichen Recht zu beurtheilen, und es können sich hienach bezüglich der Fragen, ob auch der unredliche Besitzer Ersatz verlangen kann und ob bloss nothwendige oder auch nützliche Verwendungen zu ersetzen sind, Verschiedenheiten herausstellen. [1])

6.

Pfandrechte und Zurückbehaltungsrechte auf Grund des Handelsgesetzbuchs.

(Nr. 8.)

Durch die Vorschrift in Nr. 8 wird dem kaufmännischen Retentionsrecht, das in den §§ 313—315 H.-G.-B. seinen Grund hat und den gesetzlichen Pfand-

[1]) V. von Sarwey § 41 Bem. 22 S. 322 ff.

rechten, welche das H.-G.-B. gewährt, im Konkurs ausdrücklich Geltung verschafft. Nach § 4 E.-G. wären zwar die Bestimmungen des H.-G.-B. ohnedies in Kraft geblieben. Durch § 41 wird aber ausserdem festgestellt, dass die betr. Gläubiger den Faustpfandgläubigern gleichstehen. In den Motiven wird bezüglich des kaufmännischen Retentionsrechts hervorgehoben, dass das Absonderungsrecht auch hier mit dem Besitz, der den Anspruch auf Befriedigung durch die Sache erzeuge, stehen und fallen müsse und ein Vorzugsrecht ohne Besitz nach Art des Code civil (Art. 2102 Nr. 3) nicht zu billigen sei. „Der Gläubiger muss die Sache bei Eröffnung des Konkurses noch in Gewahrsam gehabt haben, wenn ihm ein Absonderungsrecht an derselben zugestanden werden soll." (M.: 215.) Hinsichtlich der Bestimmungen des H.-G.-B. wird dort bemerkt:

„Die gesetzlichen Pfandrechte, welche das H.-G.-B. gewährt:

Das Pfandrecht des Kommissionärs an dem Kommissionsgut und das Absonderungsrecht desselben an den als Forderungen des Kommittenten geltenden (Art. 368 Abs. 2) ausstehenden Kommissionsforderungen (Art. 374 Abs. 1 u. 2);

das Pfandrecht der Spediteure und Frachtführer an dem Frachtgut (Art. 382, 409, 410);

sowie der Verfrachter im Seehandel gegenüber dem Empfänger (Art. 624, 626, 615) dem Befrachter (Art. 629) und den Reisenden (Art. 675);

die Pfandrechte der Vergütungsberechtigten bei grosser Havarei (Art. 727), der Gläubiger wegen Bergungs- und Hülfskosten (Art. 753), die gesetzlichen Pfandrechte der Schiffsgläubiger (Art. 757 ff);

und das Pfandrecht des Versicherungsnehmers an der Police und der Forderung des Versicherten gegen den Versicherer (Art. 893) erfüllen sämmtlich die von der K.-O. aufgestellten Erfordernisse der Unmittelbarkeit und Erkennbarkeit.

Die Gleichstellung der Lage des Gläubigers, über die Sache durch Konnossemente, Lade- oder Lagerscheine oder sonstwie zu verfügen, mit dem Gewahrsam der Sache selbst, ist schon bei § 40 gewürdigt worden. Auch die fernere Erweiterung, dass selbst nach Ablieferung des Frachtguts das Pfandrecht des Frachtführers noch binnen drei Tagen (Art. 409) und das des Verfrachters noch binnen dreissig Tagen (Art. 624) soll geltend gemacht werden dürfen, kann dem Kredit nicht schaden, da sie wegfällt, sobald vor der gerichtlichen Geltendmachung die Güter in den Gewahrsam eines Dritten gelangt sind.

Die Bodmerei (Art. 680 ff., 697) und die Verpfändung von Schiffen sind Fälle eines Konventionalpfands (§ 40 bezw. § 39 K.-O.)."

7.

Absonderungsrecht zufolge eines Pfändungspfandrechts.

(Nr. 9.)

Das in Nr. 9 gewährte Absonderungsrecht erstreckt sich auf jedes Pfandrecht, das durch eine Pfändung erworben wurde, also nicht bloss auf das Pfandrecht, das auf einer Vollstreckungspfändung (§ 709 C.-P.-O.) beruht, sondern wie auch in den Motiven (215) und in der Reichstagskommission (150) hervorgehoben

wurde, auch auf das Arrestpfand (§ 810 C.-P.-O.). „Gleich diesem Pfandrecht muss aber auch eine im Verwaltungswege erfolgende Sicherungs- oder Vollstreckungspfändung das Absonderungsrecht im Konkurse gewähren, sofern das Landesrecht einer solchen die gleiche Wirkung wie einer nach Massgabe der C.-P.-O. erfolgenden Pfändung beilegt." (M.: 215.)

In der Reichstagskommission hatte Hullmann den Antrag gestellt, das Absonderungsrecht der Nr. 9 auch auf das Pfandrecht auszudehnen, das durch eine zur Abwendung einer Zwangsvollstreckung nachgelassene Sicherheitsleistung oder Hinterlegung erworben werde, und zwar geschah dies mit Rücksicht auf einen von der Justizkommission zu § 709 C.-P.-O. beschlossenen Zusatz, nach welchem eine solche Sicherheitsleistung bezw. Hinterlegung in gleicher Weise wie die Pfändung ein Pfandrecht begründen sollte. Dieser Antrag wurde aber zurückgezogen, weil das Motiv desselben durch Streichung des von der J.-K. beschlossenen Zusatzes hinfällig geworden sei. Die Frage, welche rechtlichen Wirkungen der Sicherheitsleistung und Hinterlegung zukommen, ist sohin nach dem bürgerlichen Rechte zu beurtheilen. Im Allgemeinen wird anzunehmen sein, dass die Sachen, welche zum Zweck der Sicherheitsleistung hinterlegt worden sind, dem Gläubiger als Pfand dienen sollen, und wird desshalb § 40 zur Anwendung kommen. Wird die Hinterlegung einer Geldsumme als bedingungsweise erfolgte Zahlung aufgefasst, so kann der Gläubiger die Aussonderung verlangen. V. noch des Verfassers Kom. zur C.-P.-O. Bem. zu § 709; K. S. 43—45 und 150 ferner Prot. der Justizkommission S. 713—716.[1])

§ 42.

Wer nach der Eröffnung des Konkursverfahrens oder mit Kenntniss des Eröffnungsantrages oder der Zahlungseinstellung eine Konkursforderung dem im Auslande wohnenden Inhaber eines zur Konkursmasse gehörigen Gegenstandes oder in der Absicht, dass dieser die Forderung erwerbe, einer Mittelsperson abtritt, ist verpflichtet, zur Konkursmasse den Betrag zu ersetzen, welcher derselben dadurch entgeht, dass der Inhaber für die Forderung nach dem Rechte des Auslandes entgegen den Bestimmungen dieses Gesetzes ein Absonderungsrecht an dem Gegenstande ausübt. Die Vorschrift des § 26 findet entsprechende Anwendung.

(E.: § 42. M.: 220. 221. K.: 45.)

[1]) Bezüglich der verschiedenen Auffassungen sind zu vergleichen: von Wilmowski § 41 Bem. 14 S. 153 ff., und die verschiedenen Kommentare zur C.-P.-O. zu § 709.

1.

Da die Ausschliessung anderer als der in den vorstehenden §§ anerkannten Absonderungsansprüche und die Abgrenzung ihres Umfangs über das Geltungsgebiet der K.-O. nicht mit Sicherheit hinausreicht, ein im Ausland, d. h. ausserhalb des deutschen Reichs wohnender Inhaber eines zur Konkursmasse gehörigen Gegenstandes vielmehr auf Grund des ausländischen Rechts ein nach den Vorschriften der K.-O. unstatthaftes Absonderungsrecht auszuüben vermag, soll durch § 42 den inländischen Konkursgläubigern das Mittel genommen werden, die für sie massgebenden Bestimmungen des Gesetzes zu umgehen. Diess geschieht aber dadurch, dass der inländische Konkursgläubiger, welcher in der im § angegebenen Weise die Vorschriften der K.-O. zu umgehen sucht, für den der Konkursmasse dadurch entstehenden Schaden verantwortlich gemacht wird. Durch die Vorschrift des § wird nicht bloss der ursprüngliche, sondern jeder weitere Cedent, bei dem die Voraussetzungen des Gesetzes vorliegen, betroffen. „Sind bei solchen Zwischenoperationen Mehrere ersatzpflichtig, so haftet Jeder solidarisch.“ (M.: 221.) „Dass die im § bezeichnete Manipulation, falls dieselbe zwischen Inländern geschah, nach den §§ 12 und 23 unwirksam bezw. anfechtbar sein könne,“ wurde in der Reichstagskommission hervorgehoben und von Regierungsrath Hagens bestätigt. (K.: 45.) Durch § 49 wird die Vorschrift des § auch für die Fälle als anwendbar erklärt, in welchen es sich um eine nach der K.-O. unzulässige Aufrechnung handelt. Das E.-G. enthält in § 10 eine Uebergangsbestimmung bezüglich der vor dem Inkrafttreten der K.-O. abgetretenen oder erworbenen Forderungen.

2.

Bei Berechnung des Betrags, welcher der Konkursmasse zu ersetzen ist, muss berücksichtigt werden, dass der Ersatzpflichtige einen Theil der Forderung aus der Masse erhalten haben würde, wenn die Cession nicht stattgehabt hätte. Es ist sonach der Masse nur der Betrag zu ersetzen, der bei der Anmeldung nicht berichtigt worden wäre. Da sich vor Beendigung des Konkurses nicht genau berechnen lässt, welche Dividende sich ergeben wird, und der Anspruch aus § 42 sofort geltend gemacht werden kann, ist aber bei Berechnung des Ersatzanspruchs der Anspruch auf Dividende nur insoweit zu berücksichtigen, als er zur Zeit der Geltendmachung bereits feststeht und im Uebrigen dem Cedenten die Geltendmachung seines Anspruchs auf Rückerstattung in der Form der Konkursforderung vorzubehalten. [1])

§ 43.

Hat der Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Konkursverfahrens eine Erbschaft erworben, so können die

[1]) V. Fuchs K.-O. S. 66, 68; Küntzel in Gruchot's Beiträgen zur Erläuter. des deutschen Rechts Bd. I. (der ganzen Reihe XXI. Jahrg. S. 894); von Wilmowski § 42 Bem. 3 S. 156; von Völderndorff ebendas. Bem. k. Bd. I. S. 472.

Nachlassgläubiger und Vermächtnissnehmer abgesonderte Befriedigung aus den bei der Eröffnung vorhandenen Nachlassgegenständen verlangen, soweit ihnen ein Absonderungsanspruch nach den Bestimmungen der Landesgesetze zusteht.

(E.: § 43. M.: 221 ff. K.: 45., pr. K.-O. § 37 u. §§ 256—262.)

1.

Die Anwendung des § setzt vor Allem voraus, dass der Gemeinschuldner eine Erbschaft vor Eröffnung des Konkursverfahrens erworben hat, was nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu beurtheilen ist. (Bem. III. 3 zu § 1.) Aber auch wenn dieser Fall gegeben ist, haben die Nachlassgläubiger und Vermächtnissnehmer ein Recht auf abgesonderte Befriedigung nur „soweit ihnen ein Absonderungsanspruch nach den Bestimmungen der Landesgesetze zusteht.“ „Die K.-O. will ein Absonderungsrecht weder schaffen noch dasselbe exklusiv abgrenzen. Der Anspruch fällt daher überhaupt fort, sofern das Landesrecht nicht ein Absonderungsrecht, sondern nur ein Vorrecht gewährt; er kann nicht geltend gemacht werden, sofern die landesrechtliche Frist seit dem Erwerb der Erbschaft verstrichen ist, und er steht denjenigen Gläubigern oder Legataren nicht zu, welche ihren Anspruch durch versäumte Verfolgung oder durch Novationen oder sonstwie verwirkt haben.“ (M.: 221. 222.)[1])

2.

Das Absonderungsrecht erstreckt sich nicht „auf den Werth der Aktivmasse des Nachlasses, unter Ersatz des vom Erben Verzehrten oder Veräusserten. Es kann nur stattfinden an den bei der Eröffnung des Konkursverfahrens in der Konkursmasse noch vorhandenen einzelnen Vermögensgegenständen, welche die Natur eines Nachlassstückes behalten haben. Ueber die Natur desselben entscheidet das Civilrecht. Wenn dieses bestimmt, dass Alles, was an Stelle einer Nachlasssache getreten ist, die Natur desselben erhalte, oder dass wenigstens eine Forderung auf die Gegenleistung für einen veräusserten Nachlassgegenstand als solcher gelte (v. § 2341 des sächs. b. G.-B.), so erleidet das von der K.-O. aufgestellte Prinzip keinen Abbruch.“ (M.: 221.)[2])

[1]) Bezüglich der landesgesetzl. Bestimmungen über die verschiedenen Fragen sind die Motive (S. 221 Anm. 1 und 222 Anm. 1—4) zu vergleichen. Hinsichtlich des französischen Rechts sind massgebend die Art. 878 ff. und 2111 Code civil.

[2]) Im französischen Recht wird bezüglich der Immobilien angenommen, dass der ausstehende Kaufpreis an die Stelle des verkauften Grundstücks trete. Zachariä §§ 618 Bd. IV. S. 100 Anm. 15; Aubry et Rau § 619 Nr. 3 Bd. V. S. 214. von Völderndorff bekämpft (§ 43 Bem. f. Bd. I. S. 477 ff.) die in den Motiven enthaltenen Ausführungen, indem er behauptet, der Erlös aus einer zum Nachlass gehörigen Sache könne nie als „Nachlassgegenstand“ bezeichnet werden. Dies geschieht aber mit Unrecht, da der Wortlaut des Gesetzes wohl die Auffassung zulässt, dass die nach dem bürgerlichen Recht zum Nachlass zu rechnenden Gegenstände vom Absonderungsrecht erfasst werden und thatsächlich der Grundsatz: „pretium succedit in locum rei“ vielfach in Geltung steht.

3.

Ein Absonderungsrecht steht nur den Nachlassgläubigern und Vermächtnissnehmern wegen ihrer Ansprüche gegen die dem Gemeinschuldner zugefallene Erbschaftsmasse zu. Dagegen wurde unter Abweichung von § 260 pr. K.-O. davon abgesehen, auch den Gläubigern des Erben, wie es im preussischen A. L.-R. (I. 16 §§ 507 ff.) und im Code civil (Art. 881) geschehen ist, ein Absonderungsrecht am eigenen Vermögen des Erben zu gewähren und sie so gegen die unbedingte Annahme einer überschuldeten Erbschaft zu sichern. In dieser Beziehung wurde in den Motiven (223) bemerkt: „Ein Absonderungsrecht der Erbengläubiger ist weder durch das Civilrecht bedingt, noch entspricht es der vom Konkursrecht vorauszusetzenden Ausschliesslichkeit der Forderung, noch ist für dieselbe ein Bedürfniss anzuerkennen. Nimmt Jemand eine verschuldete Erbschaft an, so ist dies eine Handlung, die sich von keiner anderen unterscheidet, durch welche er ein im Erfolg für ihn und seine Gläubiger ungünstiges Geschäft eingeht. Ist oder wird über das Vermögen des Erben ein Konkursverfahren eröffnet, so sind die Konkursgläubiger desselben, wenn der Anfall oder Erwerb zwar erfolgt, aber die Rechtswohlthat noch zu erlangen ist, durch eine Befugniss des Verwalters zur Erlangung der Rechtswohlthat oder, wo eine solche förmliche Befugniss nicht anerkannt werden sollte, durch die selbstverständliche Befugniss des Verwalters geschützt, den Zugriff der Nachlassgläubiger auf das ihnen nicht verhaftete eigene Vermögen des Erben d. h. auf die Konkursmasse abzuwehren. Ist aber die Rechtswohlthat durch den Erben verwirkt worden, so sind seine Gläubiger nur durch das Anfechtungssrecht zu schützen." (Bem. I. 4 zu § 22.)

4.

Damit das Absonderungsrecht des § ausgeübt werden kann, wird keineswegs eine Ueberschuldung des Nachlasses vorausgesetzt. „Die Suffizienz der Nachlasssachen zur Befriedigung aller Nachlassgläubiger schliesst sowenig deren Absonderungsrecht aus, wie die Suffizienz etwa eines Waarenlagers das Separationsrecht der sämmtlich gedeckten Pfandgläubiger." (M.: 222.) Für den Fall der Insuffizienz wurde aber auch von der Bildung einer abgesonderten Masse der Nachlasssachen und einem abgesonderten Verfahren zur Befriedigung der Nachlassgläubiger (wie es § 259 pr. K.-O. vorsieht) abgesehen. „Die K.-O. nimmt davon Abstand; die Nachlassgläubiger und Legatare können ihre Absonderungsansprüche gegen den Konkursverwalter des vorbehaltslosen Erben auch ohne Eröffnung eines abgesonderten Konkurses über den Nachlass verfolgen; die Eröffnung eines solchen würde ungerechtfertigter Weise zur Betheiligung derjenigen Nachlassgläubiger führen, welche ein Absonderungsrecht verwirkt haben. Die Nachlasssachen mögen geeigneten Falles in besonderer Verwaltung vereint werden; rechtlich bleiben es einzelne Sachen; durch den vorbehaltlosen Erbschaftserwerb hat der Nachlass den Charakter einer Vermögenseinheit verloren. Ist der Erbe Benefizialerbe, so kann die Insuffizienz des Nachlasses selbstverständlich zu einem Konkurs über den Nachlass führen; der Konkurs ist aber, auch wenn ein anderer Konkurs über das Vermögen des Erben schwebt, kein sogen. Partikular — son-

dern ein sogen. Universalkonkurs, und zu dessen Eröffnung bedürfen die Nachlassgläubiger (nach § 205) keines Separationsrechts.“ (M.: 222. 223.)

5.

Das Absonderungsrecht des § 43 ist ebenso wie alle übrigen Absonderungsrechte dem Verwalter gegenüber geltend zu machen und wird nicht von Amtswegen berücksichtigt. (M.: 222; Bem. II. 3 zu § 3.) Das Recht der Ausübung steht jedem einzelnen Nachlassgläubiger und Vermächtnissnehmer unabhängig von den übrigen zu. An eine besondere Ausschlussfrist (§ 256 pr. K.-O.) wurde die Ausübung nicht gebunden, „weil sich eine solche nur bei einer Hereinziehung der Absonderungsläubiger in das Konkursverfahren rechtfertigen lasse.“ (M.: 222.) Wenn der Anspruch nicht vor Abschluss der Vertheilung geltend gemacht wird, kann derselbe aber verloren gehen. (Bem. II. 3 zu § 3.)

§ 44.

Wer sich mit dem Gemeinschuldner in einem Miteigenthume, in einer Gesellschaft oder in einer anderen Gemeinschaft befindet, kann wegen der auf ein solches Verhältniss sich gründenden Forderungen abgesonderte Befriedigung aus dem bei der Theilung oder sonstigen Auseinandersetzung ermittelten Antheile des Gemeinschuldners verlangen.

(E.: § 44. M.: 223 ff. K.: 44 ff., pr. K.-O. §§ 36 und 291.)

1.

Durch § 44 wird die Vorschrift des § 14 ergänzt, nach welchem die Theilung einer Gemeinschaft, in welcher sich der Gemeinschuldner befindet, ausserhalb des Konkursverfahrens zu erfolgen hat. Die Frage, ob und inwieweit sich die Gemeinschafts- oder Gesellschaftsgläubiger mit ihren Ansprüchen betheiligen können, ist, wie in den Motiven (224) hervorgehoben wurde, nach bürgerlichem Recht zu entscheiden und es bleiben hienach alle Vorschriften, welche das Recht der Gläubiger, bei der Theilung zu interveniren, anerkennen, insbesondere Art. 882 C. c. unberührt. Die im gemeinen Recht bestrittene Frage, „ob der Antheil des Kridars zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller Konkursgläubiger verwendet werden und die Theilnehmer wegen ihrer aus dem Gemeinschaftsverhältniss entspringenden persönlichen Forderungen in tributum gehen — oder ob sie wegen dieser Forderungen an dem Antheil des Kridars gegenüber dessen sonstigen Gläubigern (Privatgläubigern) ein Separationsrecht geniessen sollen,“ wird in § 44 im letzteren Sinne beantwortet.

2.

Das Absonderungsrecht des § steht nur den Theilnehmern an einer vermögensrechtlichen Gemeinschaft, nicht den sonstigen Gemeinschaftsgläubigern zu. Es ist aber nicht, wie es bisher in manchen Ländern der Fall war, auf bestimmte

Arten von Gesellschaften beschränkt, sondern greift überall Platz, wo es sich um ein gemeinschaftliches Vermögen handelt, an welchem dem Gemeinschuldner ein „Antheil" zusteht, und dessen Theilung ausserhalb des Konkursverfahrens zu erfolgen hat. Immer wird jedoch vorausgesetzt, dass die Gemeinschaft zur Zeit der Konkurseröffnung noch bestanden hat („befindet"). Wer aus einer schon vor der Konkurseröffnung beendigten Auseinandersetzung etwas an den Gemeinschuldner zu fordern hat, kann sich auf § 44 nicht berufen, ist vielmehr einfacher Konkursgläubiger. [1])

3.

Zu den Forderungen, welche durch ein Absonderungsrecht geschützt sind, gehören vor Allem diejenigen Ansprüche der einzelnen Theilnehmer, welche aus deren in der Solidarhaft oder sonstwie begründeten Verpflichtung entspringen, für die Passiven der Gemeinschaft einzustehen. Der Rechtsatz: „bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno" rechtfertigt, wie in den Motiven bemerkt wurde, die Befugniss für die Theilnehmer, bei der Theilung des Gemeinschaftsvermögens zunächst die gesammten Gemeinschulden aus der Masse zu bezahlen. Dieses Recht erschien aber nicht als genügend. „Derselbe Rechtssatz erfordert, dass die Theilnehmer auch wegen ihrer eigenen persönlichen Ansprüche, die auf das Gemeinschaftsverhältniss sich gründen, soweit der Gemeinschaftsantheil des Kridars reicht, aus diesem abgesondert befriedigt werden, denen sie und ihr Antheil nicht verhaftet sind. [2]) Nur der Nettoantheil des Kridars kann zur allgemeinen Konkursmasse desselben genommen werden. Dass der Theilnehmer, sofern er durch den Antheil des Kridars nicht gedeckt wird, zufolge dieses Separationsrechts für den überschiessenden Theil seiner Forderung nicht Massegläubiger wird, sondern als Konkursgläubiger zu behandeln ist, bedarf kaum der Erwähnung." [3]) (M.: 224, 225.) In der Reichstagskommission wurde dieser letztere Grundsatz von Goldtschmidt angefochten, der im Uebrigen anerkannte, dass der Antheil des Gemeinschuldners nur als Nettoantheil d. h. nach Abzug der auf dem gemeinschaftlichen Vermögen haftenden Schulden zur Konkursmasse gezogen werden könne. Es geschah dies aber ohne Erfolg. Ob die Forderung des Theilnehmers in dem Miteigenthum, bezw. dem Gesellschafts- oder Gemeinschafts-Verhältnisse oder in andern Verhältnissen ihren Grund hat, wird im einzelnen Falle unschwer zu entscheiden sein. In der Reichstagskommission wurde

[1]) V. dagegen von Völderndorff, der (§ 44 Bem. d. Bd. I. S. 481) die Meinung ausspricht, auch wenn das Gemeinschaftsverhältniss schon vor dem Ausbruch des Konkurses aufgelöst worden sei, die Befriedigung der Theilhaber aber noch nicht stattgefunden habe und die Vermischung des Antheils des Gemeinschuldners mit dessen sonstigem Vermögen noch nicht eingetreten sei, müsse § 44 zur Anwendung kommen.

[2]) So entschied schon das pr. Obertribunal am 17. März 1864 (Entscheid. Bd. 52 Nr. 56 S. 431 ff., Striethorst Bd. 52 Nr. 74 S. 334 ff.)

[3]) Die Kommission des pr. Abgeordnetenhauses hatte zu § 36 pr. K.-O. ausdrücklich bemerkt, es könne nicht wohl der Irrthum entstehen, als handle es sich um eine aus der Konkursmasse zu zahlende Masseschuld. V. Goldtdammer § 36 Bem. 3 S. 139.

die Frage gestellt, ob das Absonderungsrecht des § stattfinde, wenn ein Gesellschafter dem anderen, dem der Konkurs drohe, ein Darlehen gebe, um ihm aufzuhelfen „und dadurch die im Konkursfalle eintretende Liquidation zu verhüten.“ Darauf bemerkte Regierungsrath Hagens, die Entscheidung derartiger Fragen möge man ruhig der Interpretation überlassen, „welche in einem gegebenen Falle ohne Schwierigkeit ermitteln werde, ob das Darlehen zu Societätszwecken gegeben sei oder nicht.“ (K.: 45. 46.)

4.

Das Absonderungsrecht erfasst den ganzen Antheil des Gemeinschuldners an dem in Frage stehenden Vermögen, gleichviel aus welchen Gegenständen derselbe zusammengesetzt ist. Je nachdem derselbe aus körperlichen Sachen oder aus Forderungen besteht, kann die Form, in welcher der Absonderungsanspruch geltend zu machen ist, verschieden sein. Besteht der Antheil des Gemeinschuldners in einer Forderung desselben an den Absonderungsberechtigten, so wird ungeachtet der Vorschriften des § 48 eine gegenseitige Aufrechnung stattfinden. [1])

5.

Dass die Vorschrift des § mit Art. 259 Abs. 1. H.-G.-B. nicht im Widerspruch steht, wurde in den Motiven (225) ausdrücklich hervorgehoben und in folgender Weise begründet: „Der § 44 hat ein Verhältniss im Auge, welches rechtlich und thatsächlich als ein Gemeinschaftsverhältniss erscheint. Der „stille Gesellschafter“ ist in Beziehung zu den Gläubigern des Inhabers des Handelsgewerbes (Art. 256) und auch in Beziehung zu diesem (Art. 252 Abs. 1) nur Gläubiger des Inhabers und kann daher wegen seiner Einlage, soweit dieselbe den Betrag des auf ihn fallenden Antheils am Verluste übersteigt, seine Forderung lediglich als Konkursgläubiger geltend machen.“

§ 45.

Die Befriedigung der Lehen-, Stammguts- oder Familienfideikommiss-Gläubiger erfolgt abgesondert aus dem Lehen, Stammgute oder Familienfideikommisse nach den Vorschriften der Landesgesetze.

(E.: § 45. M.: 225. K.: 46., pr. K.-O. § 36 Abs. 2.)

Soweit die Substanz von Lehen- oder von Stammgütern oder von Familien-Fideikommissen, oder das Einkommen aus solchen überhaupt zur Konkursmasse des derzeitigen Besitzers gehören (Bem. I. 3 zu § 1), haben die Lehen-, Stammguts- oder Fideikommissgläubiger einen Anspruch auf abgesonderte Befriedigung aus denselben vor den Allodial- oder Konkursgläubigern. In welcher Weise, in welchem Umfang und in welcher Reihenfolge diese Befriedigung stattfindet, ist gemäss § 4 und § 5 Nr. 1 E.-G. nach den Bestimmungen der Landesgesetze zu entscheiden. (M.: 225.)

[1]) V. von Sarwey § 44 Bem. 7 S. 345.

Sechster Titel.

Aufrechnung.

(§§ 46—49.)

Vorbemerkungen.

1.

Während das Recht zur Kompensation gewöhnlich auf das Interesse des Schuldners begründet wird (interest nostra, potius non solvere quam solutum repetere), geht der Gesetzgeber im Anschluss an die pr. K.-O. von der Ansicht aus, dass es sich bei dem Konkurs wesentlich darum handle, die Rechte des Gläubigers und die Frage zu regeln, inwieweit ein Konkursgläubiger, der zugleich Schuldner des Gemeinschuldners sei, sich auf das Konkursverfahren einzulassen habe. „Im Konkurse ist es der Standpunkt des Gläubigers, welcher die Kompensation von Bedeutung macht. Für ihn ist die Kompensation eine Deckung, wie die Retention und das Pfandrecht. Sie alle drei sind Sicherungsmittel für den Kreditgeber; ihnen gemeinsam ist der Gedanke: es würde unbillig sein, zu verlangen, dass ein Gläubiger seine Deckung zur Konkursmasse herausgegeben und seine Forderungen als Konkursgläubiger geltend machen solle. Dem Rechte des Gläubigers, an eine Sache des Gemeinschuldners, welche er in seinem Besitz hat, sich abgesondert vor den anderen Gläubigern zu halten und sich aus dieser zu befriedigen, entspricht die Befugniss desselben, das Geld, welches er dem Gemeinschuldner anderweitig schuldet, nicht zum Nutzen Aller in die Konkursmasse zu zahlen, sondern diese seine Schuld zur Tilgung seiner Forderung abgesondert vor den übrigen Gläubigern zu verwenden.“ (M.: 226.)

Aus diesem Standpunkt erklärt es sich zunächst, dass die K.-O. dem Rechte der Aufrechnung die Stelle unmittelbar hinter den Absonderungsrechten anweist. Ebenso wird dadurch die Vorschrift begründet, dass ein gültig erworbenes Kompensationsrecht, wenn auch die Kompensation noch nicht ausgeübt werden kann, im Konkurse doch die Kraft eines Anspruchs auf Deckung ausübt. „Hier ist die Erweiterung des Kompensationsrechts im Konkurse gegenüber dem Civilrecht enthalten (§ 47)“ (M.: 227). Durch den erwähnten Grundsatz werden aber auch die weiteren Vorschriften der K.-O. gerechtfertigt. „Vom gleichen Standpunkt aus wird das Recht zur Aufrechnung im Konkurse beschränkt. Es ist falsch, in der Konkurseröffnung eine nothwendige Cession der Aktivforderung des Gemeinschuldners zu finden — unnöthig, auf sie die Regeln von Zwangsbeschlagnahme und Pfändung anzuwenden. Genügend und nothwendig ist die Anwendung der Kardinalregel, welche die K.-O. in § 2 aufstellt. Und diese wirkt nach zwei Richtungen: Jede Passivforderung wird Konkursforderung, jede Aktivforderung wird Bestandtheil der Konkursmasse. Die Konkursmasse ist in den sämmtlichen Bestandtheilen eine für alle Konkursgläubiger abgesonderte Masse; das Absonderungsrecht Aller tritt dem Erwerb von Absonderungsrechten Einzelner entgegen. Daraus folgt: Niemand kann ein Recht zur Aufrechnung erwerben, nachdem schon das Absonderungsrecht Aller durch die Eröffnung des

Konkurses begründet worden; ist durch diese eine Passivforderung Konkursforderung geworden, so bleibt sie es, wenn auch der Anspruch auf den Erwerb schon vor der Eröffnung begründet gewesen ist. (§ 12). Diese Beschränkungen des Kompensationsrechts stellt die K.-O. in den §§ 48 und 49 fest." (M.: 227. 228.)

2.

Soweit der eben dargelegte Standpunkt nicht in Betracht kommt, belässt es die K.-O. bei den Vorschriften des bürgerlichen Rechts, die namentlich bezüglich der allgemeinen Voraussetzungen der Aufrechnung massgebend sind. „Entzieht das Civilrecht eigenartige Forderungen überhaupt der Kompensation, wie z. B. Forderungen auf fortlaufende Unterstützung, aus dem Niederlegungs-, dem Verwahrungs-Vertrage u. s. w., so kann gegen diese auch im Konkursverfahren nicht aufgerechnet werden." (M.: 228.) Auch sollen die Erweiterungen und die Beschränkungen, welche die K.-O. anordnet, da sie aus der allgemeinen Natur des Konkurses entnommen sind, „für diesen und während desselben gelten. Wird das Konkursverfahren aufgehoben, so tritt wieder das Civilrecht in Kraft. Der Gläubiger kann sich nicht auf die ihm für den Konkurs gewährte Begünstigung (§ 47), der frühere Gemeinschuldner nicht auf die Beschränkungen berufen, welche das Konkursrecht dem Gläubiger auferlegte (§§ 48, 49). Die Einwirkung freilich, welche ein etwaiger Zwangsvergleich auf eine, nach den letzteren Vorschriften der Kompensation entzogen gewesene Forderung inzwischen geübt hat (§ 178), wird dadurch nicht berührt; sie fliesst aus dem Wesen des Akkords und steht in völligem Einklang mit dem hier aufgestellten Grundsatz." (M.: 228).[1])

3.

„Die Beschränkungen sollen für den Konkurs gelten als lex publica. Vertragsmässige Einräumungen einer Kompensationsbefugniss entgegen den §§ 48, 49 will die K.-O. ohne Ausnahme abschneiden; auch die Ausnahme, welche das pr. A. L.-R. in den §§ 322 ff. I. 16 zu Gunsten des Pächters zuliess, verstösst gegen das Prinzip des § 12 und ist desshalb nicht zuzulassen.[2]) Dagegen laufen vertragsmässige Entsagungen einer durch die allgemeinen Gesetze oder durch die K.-O. (§ 47) gewährten Befugniss zur Aufrechnung dem Konkursrecht ebenso-

[1]) Das pr. Obertribunal entschied am 16. Febr. 1860 (Entscheid. Bd. 43 Nr. 60 S. 439 ff., Striethorst Bd. 36 Nr. 57 S. 211 ff.) und am 19. Juni 1860 (Entscheid. Bd. 43 Nr. 62 S. 452 ff.), dass ein Gläubiger, der im Konkursverfahren nicht kompensiren konnte, nach Aufhebung des Konkurses zur Kompensation berechtigt ist, sich jedoch, falls ein Akkord abgeschlossen wurde, mit der Akkordrate begnügen muss. Dagegen entschied dasselbe am 2. Juli 1861 (Striethorst Bd. 42 Nr. 43 S. 228 ff.), dass der Gläubiger, der sich nicht auf das Konkursverfahren einzulassen brauchte und nicht auf dasselbe eingelassen hat, an den Akkord nicht gebunden ist. Dieselbe Auffassung herrscht in Frankreich. V. Alauzet, droit commercial Bd. VI Nr. 2506 S. 150 ff. und das von demselben citirte Kassationsurtheil vom 24. Nov. 1841. Dalloz, Rep. v° faillite Nr. 251.)

[2]) So entschied auch das pr. Obertribunal am 9. Jan. 1856 Striethorst Bd. 19 Nr. 57 S. 232 ff.

wenig zuwider, wie Verzichte auf ein gesetzliches Retentions- oder Pfandrecht.“ (M.: 228.)

§ 46.

Soweit ein Gläubiger zu einer Aufrechnung befugt ist, braucht er seine Forderung im Konkursverfahren nicht geltend zu machen.

(E.: § 46. M.: 229. K.: 46., pr. K.-O. § 95.)

Durch § 46 wird die Frage, ob der kompensationsberechtigte Gläubiger seine Forderung im Konkursverfahren anmelden muss oder von der Einlassung in dasselbe befreit ist, über welche im gemeinen Recht Streit besteht, im letzteren Sinne entschieden. Sofern die Voraussetzungen zur Aufrechnung vorliegen (Vorbem. 1 und 2), hat der betr. Gläubiger einfach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu genügen, und kann es, wenn der Verwalter seine Forderung oder sein Kompensationsrecht nicht anerkennt, darauf ankommen lassen, dass dieser gegen ihn Klage erhebt. Bleibt nach geschehener Aufrechnung noch ein Theil seiner Forderung in Kraft, so kann er diesen im Konkursverfahren geltend machen. In den Motiven wurde die Vorschrift des §, die dem § 95 pr. K.-O. nachgebildet ist, in folgender Weise gerechtfertigt: „Der Streit wurzelt hauptsächlich in der Präklusion des gemeinrechtlichen Konkursprozesses, und mit deren Aufgabe würde der Streit erledigt scheinen. Allein die Bedenken sind noch in anderen Umständen zu finden, und dies gilt für alle Rechtssysteme, — einmal nämlich darin, dass eine Kompensation ohne Thätigkeit der Parteien nicht stattfindet, und zum Anderen darin, dass die übrigen Konkursgläubiger ein Recht zur Theilnahme an der Prüfung jeder geltend gemachten Konkursforderung haben. Beides ist richtig, rechtfertigt aber darum nicht die erstere Alternative. Die Thätigkeit des Gläubigers braucht nicht in einer gerichtlichen Erklärung zu bestehen, noch weniger in einer Erklärung vor dem Konkursgericht oder vor den Konkursgläubigern; jede auch aussergerichtliche Erklärung gegen den Konkursverwalter genügt. Und die übrigen Gläubiger haben kein Recht auf Zuziehung; denn soweit jener auf seine Forderung zur Aufrechnung mit einer Schuld befugt ist, sucht er seine Befriedigung aus dieser abgesondert, nicht aus der Konkursmasse; seine Forderung ist gleichsam mit einem Absonderungsanspruch versehen und daher ausserhalb des Konkursverfahrens lediglich zwischen ihm und dem Konkursverwalter abzuthun.“ (M: 229.)

§ 47.

Die Aufrechnung wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens die aufzurechnenden Forderungen oder die eine von ihnen noch betagt

oder noch bedingt war, oder die Forderung des Gläubigers nicht auf einen Geldbetrag gerichtet war.

Eine betagte Forderung des Gläubigers ist zum Zwecke der Aufrechnung nach der Vorschrift des § 58 zu berechnen.

Zum Zwecke der Aufrechnung einer aufschiebend bedingten Forderung bei dem Eintritte der Bedingung kann der Gläubiger Sicherstellung insoweit verlangen, als die Forderung der von ihm einzuzahlenden Schuld gleichkommt.

Eine nicht auf Geld gerichtete Forderung des Gläubigers ist zum Zwecke der Aufrechnung nach den Vorschriften der §§ 62, 63 zu berechnen.

(E.: § 47. M.: 229—234. K.: 46 und 58; pr. K.-O. § 96 Nr. 3.)

I.

Allgemeine Bemerkungen.

Durch § 47, dessen Vorschriften im Allgemeinen denen der pr. K.-O. (§ 96 Nr. 3) entsprechen, wird sowohl das gemeine Recht als das französische Recht in mehrfacher Beziehung abgeändert, [1]) indem die Ausübung des Kompensationsrechts im Konkurse gestattet wird, obgleich das durch das Gegenübertreten der Forderung und Gegenforderung erworbene Kompensationsrecht vor der Konkurseröffnung noch nicht ausgeübt worden ist, und auch nicht ausgeübt werden konnte. (M.: 230.) Im Wesentlichen haben diese Vorschriften in der bereits oben (Vorbem. 1) dargelegten Auffassung ihren Grund, dass bei der Aufrechnung im Konkursverfahren die Stellung des Gläubigers entscheidend ist, und für diesen die Kompensation ein Deckungsmittel bildet, das ihm nicht geschmälert werden darf. Die Konsequenzen dieser Auffassung wurden in den Motiven (a. a. O.) im Einzelnen entwickelt und die Vorschriften des § ausführlich gerechtfertigt.

In erster Linie handelt es sich hiebei um betagte und aufschiebend bedingte Forderungen, bezüglich deren die Aufrechnung für zulässig erklärt wird, gleichviel ob es auf der einen oder der anderen Seite oder auf beiden Seiten an der Fälligkeit fehlt, bezw. die Existenz der Forderung von einer aufschiebenden Bedingung abhängt. Ausserdem soll aber durch den § auch die Frage geregelt

[1]) Im gemeinen Prozess ist man darüber einig, dass die Kompensation im Konkurs nicht zulässig ist, wenn zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens eine der Forderungen betagt oder bedingt war. V. Glück, Kommentar Bd. 15 S. 109; Holzschuher, Theorie und Kasuistik Bd. III. § 247 S. 411; Dernburg, Kompensation S. 434 ff. Derselbe Grundsatz gilt auch im französischen Recht. V. Boulay-Paty Nr. 176 Bd. I. S. 159; Renouard zu Art. 416, Bd. I. S. 348; Alauzet droit commercial Bd. VI. Nr. 2505, S. 150. Schon unter dem Code de commerce war diese Auffassung herrschend. Durch das Gesetz vom Jahr 1838 (Art. 446) wurde aber jeder Zweifel beseitigt.

werden, ob und inwieweit die Aufrechnung durch die Ungleichartigkeit der Forderungen ausgeschlossen wird.

II.

Aufrechnung mit betagten Forderungen.

1.

Betagtheit der Konkursforderung.

Wenn die Forderung eines Konkursgläubigers betagt ist, so soll dieser Umstand mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 58 Abs. 1 der Aufrechnung mit einer Forderung des Gemeinschuldners nicht im Wege stehen. „Die Konkurseröffnung bewirkt die Fälligkeit der Forderung und dadurch die Möglichkeit einer sofortigen Ausübung der Kompensation; der Aufschub der Ausübung hört auf; dies bewirkt der Konkurs, und er bewirkt dies, wenngleich dem Gemeinschuldner gegenüber die Kompensation noch nicht hätte ausgeübt werden können, weil Kompensationsrecht mehr ist als Pfandrecht.“ (M.: 231.) Ist die Forderung des Konkursgläubigers verzinslich, so wird sie ihrem ganzen Betrage nach zur Aufrechnung verwandt. Ist sie unverzinslich, so muss sich derselbe für die Zeit von der Konkurseröffnung bis zur Verfallzeit gemäss § 58 Abs. 2 Zwischenzinsen in Abzug bringen lassen.

2.

Betagtheit der Forderung des Gemeinschuldners.

Wenn die Forderung des Konkursgläubigers fällig ist, während die Erfüllung der ihm obliegenden Verbindlichkeit erst nach Ablauf einer bestimmten Frist verlangt werden kann, so kann derselbe seine Forderung im Konkursverfahren ohne Rücksicht auf seine Schuld geltend machen; „der Konkursverwalter hat, wenn überhaupt ein Interesse, kein Recht, jenen auf die Kompensation zu verweisen.“ (M.: 233.)[1] Er ist jedoch ebenso berechtigt, sofort zu kompensiren und kann nur in diesem Falle, wie auch in den Motiven (a. a. O.) hervorgehoben wurde, selbst dann keine Zwischenzinsen verlangen, wenn die Forderung des Gemeinschuldners unverzinslich ist. Es ergibt sich dies schon aus Abs. 2 des §, nach welcher nur die betagte Forderung des gegenüber dem Konkursverwalter aufrechnenden „Gläubigers“ nach § 58 zu berechnen ist. Ausserdem muss aber auch in der Kompensation mit der betagten Forderung ein Verzicht auf die dem Gläubiger zustehende Zahlungsfrist gefunden werden. (M.: 233.)[2] Hat

[1]) von Völderndorff meint zwar (§ 47 Bem. e. Bd. I. S. 497), wenn der Verwalter ein Interesse finden sollte, zu kompensiren, könne er es thun. Nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts wird derselbe aber nicht berechtigt sein, mit der betagten Forderung des Gemeinschuldners, die durch den Konkurs nicht fällig wird, gegen die fällige Forderung des Gemeinschuldners aufzurechnen.

[2]) V. auch die Entscheidung des O.-A.-G. in Dresden, Seufferts Archiv Bd. II. Nr. 117 S. 155; ferner von Wilmowski § 47 Bem. 2 S. 162; Hullmann ebendas. Bem. 5 S. 189, von Sarwey § 47 Bem. 3 b. S. 367, von Völderndorff § 47 Bem. e. Bd. I. S. 497. Nur wenn Uebereinkunft oder Handelsgebrauch den vor dem Verfalltag

der Gläubiger seine Forderung im Konkursverfahren angemeldet, so wird er dadurch nicht des Rechtes verlustig, wenn die Forderung des Gemeinschuldners fällig wird, oder auch früher doch noch von der Aufrechnung Gebrauch zu machen, denn er war nicht verpflichtet, auf die ihm zustehende Frist zu verzichten und in der vorsorglichen Anmeldung seiner Forderung liegt nicht die Erklärung, dass er überhaupt nicht aufrechnen wolle. (M.: a. a. O.)[1]) Wohl aber wird ein Verzicht auf das Kompensationsrecht anzunehmen sein, wenn der Gläubiger auf seine Forderung Zahlungen aus der Masse annimmt, d. h. sich die volle Dividende bezahlen lässt.[2])

III.
Aufrechnung mit bedingten Forderungen.

Ist die Forderung des Konkursgläubigers von einer auflösenden Bedingung abhängig, so steht dies der Geltendmachung derselben und folgeweise der Aufrechnung mit einer unbedingten Forderung nicht im Wege, da auflösend bedingte Forderungen wie unbedingte zu behandeln sind (§ 59). Ebenso muss sich der Konkursgläubiger aber die Aufrechnung mit einer auflösend bedingten Forderung des Gemeinschuldners gefallen lassen. Auf derartige Forderungen finden die Vorschriften des § gar keine Anwendung. (M.: 232.) Ein Recht auf Sicherstellung für den Fall des Eintritts der auflösenden Bedingungen ist, sofern nicht das bürgerliche Recht ein solches gewährt, nicht begründet.

Ist die Forderung des Konkursgläubigers von einer aufschiebenden Bedingung abhängig, so kann, so lange die Bedingung schwebt, das Kompensationsrecht nicht ausgeübt werden. Die bedingte Forderung berechtigt nicht dazu, die Erfüllung der unbedingten Schuld zu verweigern oder zu verzögern. Damit die spätere Ausübung des Kompensationsrechts gesichert und das für den Konkurs begründete Recht der Deckung des Gläubigers durch seine Kompensationsschuld nicht geschmälert wird, kann dieser aber verlangen, dass ihm in Höhe der letzteren Sicherheit bestellt werde. „Die Sicherstellung hat der Konkursverwalter in der Weise zu leisten, in welcher nach Civilrecht eine Verbindlichkeit zur Sicherheitsleistung erfüllt werden muss.“ (M.: 233.) Die Vorschriften der C.-P.-O. (§§ 101 ff.) finden hier keine Anwendung. Das Recht, Sicherstellung zu verlangen, kann übrigens erst dann geltend gemacht werden, wenn der bedingte Gläubiger zur Zahlung seiner Schuld bereit ist, und es wird demselben jedenfalls dadurch genügt, dass der zur Masse eingezahlte Betrag oder ein der Höhe der bedingten Forderung entsprechender Theil desselben zum Zweck der Sicherstellung hinterlegt wird. (Bem. zu § 158.)

zahlenden Schuldner ermächtigen, ohne Einwilligung des Gläubigers den Diskonto abzuziehen (Art. 334 H.-G.-B.), wird er auch im Falle der Kompensation hiezu berechtigt sein.

[1]) V. auch ein Urtheil des R.-O.-H.-G. vom 11. Juni 1873, Entscheid. Bd. X. Nr. 35 S. 165 ff.

[2]) V. auch Hullmann § 47 Bem. 5 S. 189. A. M. ist Fuchs, deutscher Konkursprozess S. 82.

Steht der unbedingten Forderung des Konkursgläubigers eine aufschiebend bedingte des Gemeinschuldners gegenüber, so verhält sich die Sache ebenso, als wenn die letztere Forderung eine betagte wäre. Der Konkursgläubiger kann, wenn er von dem Rechte der Aufrechnung Gebrauch machen will, was jedoch nicht leicht vorkommen wird, dies erklären, und die Anmeldung seiner Forderung unterlassen, läuft aber dann Gefahr, diese nicht mehr geltend machen zu können, obgleich die aufschiebende Bedingung, von welcher die Forderung des Gemeinschuldners abhängt, nicht eingetreten ist. Er braucht sich dagegen die Aufrechnung von Seite des Konkursverwalters nicht gefallen zu lassen und es hat dieser auch, soweit nicht das Civilrecht solchen gewährt, keinen Anspruch auf Sicherstellung, da Abs. 3 des § dieses Recht nur dem Konkursgläubiger gewährt.[1]) Hat der Gläubiger seine Forderung im Konkursverfahren angemeldet, so kann er, wenn die Bedingung, von der seine Verbindlichkeit abhängig ist, eintritt, oder auch vorher, immer noch vom Recht der Aufrechnung Gebrauch machen. (Bem. II. 2.)

IV.

Aufrechnung mit ungleichartigen Forderungen.

Bezüglich der Aufrechnung mit einer der Gegenforderung ungleichartigen Forderung wurde in den Motiven (234) bemerkt: „Die Ausübung der Kompensation wird ausserhalb des Konkurses durch die Ungleichartigkeit der Forderungen ausgeschlossen.[2]) Für den Konkurs stellt schon das älteste Recht die ungleichartigen mit den betagten Forderungen zusammen: in deductionem vocatur et quod non est ejusdem generis (Gajus IV. 66). Diese Einwirkung des Konkurses ergibt sich schon aus der allgemeinen Erwägung, dass mit dem Eintritt des Konkursverfahrens jede persönliche Forderung, deren Gegenstand nicht in Geld besteht, kraft des Gesetzes sich nach ihrem Schätzungswerth in eine Geldforderung auflöst und von selbst der vorher bestandenen Geldforderung des Gläubigers gleichartig wird.“

In der Reichstagskommission war man zwar mit dieser Auffassung allseitig einverstanden, hielt es aber für nothwendig, dass derselben im Gesetze selbst Ausdruck gegeben werde. Desshalb wurden auf Antrag von Goldschmidt mehrere Zusätze beschlossen, durch welche ausdrücklich festgestellt werden soll, dass die Aufrechnung auch dann nicht ausgeschlossen sei, „wenn die Forderung des Gläubigers nicht auf einen Geldbetrag gerichtet war.“ (K.: 46 und 58.) Durch die Bestimmungen des § wird übrigens das bürgerliche Recht nur insoweit berührt, als die Forderung des Konkursgläubigers, welche ursprünglich nicht auf einen Geldbetrag gerichtet war, zufolge des Konkurses einer Geldforderung des Gemeinschuldners gleichartig wird (§ 62). Ist diese Forderung nicht auf einen Geldbetrag gerichtet, so wird an der bestehenden Ungleichartigkeit und den Vor-

[1]) V. von Sarwey § 47 Bem. 4 b. S. 368, 369.

[2]) V. pr. A. L.-R. I. 16 §§ 343, 346; Code civil Art. 1291; sächs. b. G.-B. § 989; Seufferts Archiv Bd. I. Nr. 32 S. 38 ff.; Bd. II. Nr. 279, 281, Bd. VIII. Nr. 33, S. 44 ff.

schriften des massgebenden bürgerlichen Rechts (Vorbem. 2) durch den § nichts geändert. Ebenso ist dieses bezüglich der Zulässigkeit der Aufrechnung entscheidend, wenn sich zwei nicht anf Geld gerichtete aber gleichartige Forderungen gegenüberstehen und können die Vorschriften des § dem Konkursgläubiger, der aufrechnen will, und auf die Geltendmachung seiner Forderung im Konkurs verzichtet, nicht entgegengehalten werden. Nur die im Konkurs geltend gemachte Forderung wird in eine Geldforderung umgewandelt. [1])

V.

Aufrechnung mit illiquiden Forderungen.

Hinsichtlich der illiquiden Forderungen wurde in den Motiven (234) hervorgehoben, dass dieselben den bedingten zum Mindesten gleichstehen müssen und noch weiter bemerkt: „Wenn sonst das Civilrecht die Deposition einer Schuld zum Zweck der Aufrechnung mit einer illiquiden Forderung an die Erfordernisse eines Arrestschlags knüpft (§ 360, § 226 I. 16 pr. A. L.-R.), — so ist der Nachweis eines Arrestgrunds für den Konkurs sicher entbehrlich; der Arrestgrund ist durch ihn konstatirt; die Forderung aber wird glaubhaft gemacht werden müssen.“ [2]) Diese Ausführungen erscheinen auch mit Rücksicht auf das System der K.-O., welche das Kompensationsrecht als eine Deckung des Gläubigers ansieht (Vorbem. 1), als zutreffend, und ist hienach ein Konkursgläubiger, dessen Forderung als illiquid erscheint, und der durch die Vorschriften des bürgerlichen Rechts an der sofortigen Ausübung des Kompensationsrechts gehindert ist, nach § 47 Abs. 3 berechtigt, Sicherstellung seiner Forderung zu verlangen. In der Reichstagskommission wurde gegen die Auffassung der Motive keinerlei Widerspruch erhoben. Vielmehr wurde auf Antrag von Regierungsrath Hagens, der befürchtete, es könne durch die Aufnahme einer Bestimmung über Aufrechnung ungleichartiger Forderungen der Irrthum entstehen, als sei die Kommission wegen der illiquiden Forderungen anderer Meinung gewesen, als die Motive, ausdrücklich zu Protokoll konstatirt: „dass es nicht die Absicht der Kommission sei, die, in der Befugniss mit illiquiden Forderungen für den Fall ihrer Liquidität aufzurechnen, enthaltene Deckung des Gläubigers für den Konkurs auszuschliessen.“ (K.: 53.) [3])

[1]) V. von Sarwey § 47 Bem. 5 und 6 S. 369 und 370; von Völderndorff § 47 Bem. g Bd. I. S. 500.

[2]) In den Motiven wurde noch auf eine Entscheid. des pr. Obertribunals vom 8. Jan. 1861 (Striethorst Bd. 41 S. 7, Entscheid. Bd. 46 S. 329) verwiesen und bemerkt, dass dasselbe in diesem Punkte zu weit gehe.

[3]) V. hiezu Hullmann § 47 Bem. 7 S. 190; von Sarwey ebendas. Bem. 7 S. 370; von Völderndorff Bem. d. S. 496 Text und Anm. 5 Bd. I. S. 496; von Wilmowski Bem. 5 S. 163. Letzterer bemerkt zwar, dass die Subsumtion der illiquiden Forderungen unter die bedingten eine äusserst gewaltsame sei, nimmt aber ebenso wie die anderen Schriftsteller an, dass eine Gleichstellung stattfinden müsse.

§ 48.

Eine Aufrechnung im Konkursverfahren ist unzulässig:

1. wenn Jemand vor oder nach der Eröffnung des Verfahrens eine Forderung an den Gemeinschuldner erworben hat und nach der Eröffnung etwas zur Masse schuldig geworden ist;
2. wenn Jemand dem Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Verfahrens etwas schuldig war und nach derselben eine Forderung an den Gemeinschuldner erworben hat, auch wenn diese Forderung vor der Eröffnung für einen anderen Gläubiger entstanden war;
3. wenn Jemand vor der Eröffnung des Verfahrens dem Gemeinschuldner etwas schuldig war und eine Forderung an den Gemeinschuldner durch ein Rechtsgeschäft mit demselben oder durch Rechtsabtretung oder Befriedigung eines Gläubigers erworben hat, falls ihm zur Zeit des Erwerbes bekannt war, dass der Gemeinschuldner seine Zahlungen eingestellt hatte, oder dass die Eröffnung des Verfahrens beantragt war. Die Vorschrift des § 26 findet entsprechende Anwendung.

 Die Aufrechnung ist zulässig, wenn der Erwerber zur Uebernahme der Forderung oder zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet war und zu der Zeit, als er die Verpflichtung einging, weder von der Zahlungseinstellung noch von dem Eröffnungsantrage Kenntniss hatte.

(E.: § 48. M.: 234 ff. K.: 46, 47.; pr. K.-O. § 97.)

I.

Allgemeine Bemerkungen.

„Entgegengesetzt den bisher erörterten Fällen, in denen schon vor der Konkurseröffnung das Recht zur Aufrechnung gültig entstanden und nur die Ausübung desselben ausgeschlossen war, stellt § 48 die Fälle zusammen, in denen der Eintritt des Konkurses und der schon vorher begründete Konkurs-

anspruch aller Gläubiger die wirksame Entstehung eines Kompensationsrechts zu Gunsten eines Einzelnen ausschliesst." (M.: 234.) Die hier in Betracht kommenden Beschränkungen des Kompensationsrechts haben in derselben Auffassung ihren Grund wie die in § 47 vorgesehenen Erweiterungen, bei denen die Sicherung der dem Gläubiger gebührenden Deckung in Frage steht. Nur handelt es sich hier um Fälle, in denen die Voraussetzungen zu einer besonderen, gleich einem Absonderungsrecht wirkenden, Deckung nicht gegeben sind.

II.
Entstehung der Schuld nach Eröffnung des Konkursverfahrens.
(Nr. 1.)

1.

Dass ein Gläubiger eine erst nach Eröffnung des Verfahrens der Masse gegenüber entstandene Schuld nicht auf eine Forderung gegen den Gemeinschuldner verrechnen kann, welche ebenfalls erst nach der Konkurseröffnung entstanden ist, wird sich in der Regel schon daraus ergeben, dass eine derartige Forderung nicht aus der Konkursmasse zu befriedigen ist (§ 2). Nur wo ein derartiges Verhältniss besteht, also die Konkursmasse etwas zu fordern hat, während die Forderung des Schuldners nicht gegen die Masse, sondern nur dem Gemeinschuldner gegenüber geltend gemacht werden kann, trifft die Vorschrift der Nr. 1 zu. Gehört weder die Forderung noch die Schuld des Dritten in die Konkursmasse, so ist die K.-O. bezüglich der Zulässigkeit der Aufrechnung überhaupt nicht entscheidend. Um für den Fall, dass die Schuld aus einem Rechtsgeschäft des Gemeinschuldners entspringt, aus welchem diesem nach dem Prinzip des § 1 der Erwerb zufliesst, die Auslegung auszuschliessen, als ob der Gläubiger sich wegen seiner Forderung lediglich an den Gemeinschuldner halten, aber seine Schuld zur Konkursmasse erfüllen müsse (Koch, Recht der Forderungen Bd. I. S. 662 d.), wurde die Fassung der pr. K.-O. (§ 97 Nr. 1) aufgegeben. (M.: 234, 235.) Steht einer an die Masse zu zahlenden Schuld eine Masseforderung (§§ 50 ff.) gegenüber, so kann der Massegläubiger, wenn er es für vortheilhaft hält, kompensiren.

2.

Dass eine nach der Konkurseröffnung entstandene, zur Konkursmasse zu erfüllende, Schuld mit einer vor der Eröffnung entstandenen Forderung an den Gemeinschuldner nicht verrechnet werden darf, ergibt sich aus der oben dargelegten Auffassung über die Natur der Aufrechnung im Konkurs. „Dies ist recht eigentlich der Fall des Satzes, dass ein Konkursgläubiger nicht nach Eröffnung des Konkurses einen Absonderungs- oder Deckungsanspruch aus einem Theil der Masse erlangen kann. Bei der Eröffnung bestand zwar die Forderung, zu einem Absonderungsanspruch fehlte aber dem Gläubiger der Besitz eines zur Masse gehörigen Absonderungsobjekts." (M.: 235.) Durch die Vorschrift der Nr. 1 wird die im Gebiet des gemeinen Rechts vielfach geltend gemachte Ansicht ausgeschlossen, dass eine Schuld an die Masse mit einer Konkursforderung dann kompensirt werden könne, wenn diese bevorzugt sei und wahrscheinlich oder sicher befriedigt werde.

Der Pächter des Gemeinschuldners. kann nach derselben seine gegen den Gemeinschuldner gerichtete Forderung auf Rückgabe der Kaution oder auf Entschädigung wegen vorzeitiger Kündigung nicht gegen den Pachtzins aufrechnen, den er für die nach Eröffnung des Verfahrens vorgenommenen Benützung an die Konkursmasse zu zahlen hat. [1])

III.

Erwerb einer Forderung gegen den Gemeinschuldner nach Eröffnung des Verfahrens.

(Nr. 2.)

1.

Dass eine Forderung gegen den Gemeinschuldner, welche erst nach der Konkurseröffnung entstanden ist, nicht zur Aufrechnung mit einer vor derselben existent gewordenen Schuld verwendet werden kann, versteht sich von selbst, da dieselbe nicht Konkursforderung ist (§ 2). Nur eine nach der Eröffnung entstandene Masseforderung (§§ 50 ff.) kann mit einer Schuld an die Konkursmasse verrechnet werden. Die K.-O. ist aber im Anschluss an die pr. K.-O. (§ 97 Nr. 2) noch einen Schritt weiter gegangen und hat die Aufrechnung auch dann ausgeschlossen, wenn die in Frage stehende Forderung zwar schon vor der Konkurseröffnung entstanden, also Konkursforderung ist, aber erst nach der Eröffnung des Verfahrens auf den Gläubiger überging, der aufrechnen will. Die Ausschliessung der Aufrechnung in diesem Falle erfolgte, „um die Ausplünderung der Masse durch frivolen Aufkauf von Passivforderungen zu verhüten“ und wurde in den Motiven (235 ff.) auch mit Rücksicht auf die juristische Konsequenz gerechtfertigt: „Die Forderung ist mit dem Eintritt des Konkursverfahrens eine Konkursforderung geworden und bleibt eine solche, auch wenn sie in die Hand einer anderen Person übergeht. In der Hand des Erwerbers befand sich bei der Konkurseröffnung zwar ein Objekt der Masse — eine Schuld — zu einem Absonderungsrecht fehlte ihm aber die Forderung. Und auf die Person des bisherigen Gläubigers gesehen, so kann Niemand mehr Rechte übertragen, als er selbst besitzt. Aus dieser Begründung folgt mit Nothwendigkeit einmal, dass es nicht darauf ankommen kann, ob der Schuldner bei dem Erwerb der Konkursforderung die stattgefundene Eröffnung des Konkurses gekannt hat. Die fast durchgängige Annahme der gemeinrechtlichen Doktrin, dass die Kenntniss entscheide, beruht auf der Einseitigkeit, die Kompensationsbefugniss lediglich vom Standpunkte eines zahlenden Schuldners zu beurtheilen. Es folgt aber auch zum Andern, dass der Ausschluss der Kompensation sich nicht auf den Aufkauf und den sonstigen Erwerb von Forderungen im Wege der Singularsuccession beschränkt, sondern ebenso nothwendig bei dem Erwerb im Wege der Universalsuccession Platz greift. Die K.-O. befindet sich in diesem Punkte in völliger

[1]) So entschied das pr. Obertribunal am 18. Sept. 1868 (Entscheid. Bd. 61 Nr. 50 S. 409.) In ähnlicher Weise wurde bezüglich des Kompensationsrechts des Miethers entschieden. (Striethorst Bd. 19 Nr. 57 S. 232 ff.)

Uebereinstimmung mit dem geltenden französischen Recht, der pr. K.-O. und der bayer. Prozess-Ordnung."

2.

Musste der Trassant oder ein Indossant einen von ihm vor der Konkurseröffnung begebenen, vom Gemeinschuldner acceptirten, Wechsel nach der Konkurseröffnung wieder einlösen, so kann er die Forderung, welche ihm gegen den Acceptanten sowie gegen den Aussteller zusteht, unter allen Umständen in deren Konkurs geltend machen, weil seine Forderung schon vor der Eröffnung des Verfahrens bestanden hat (Bem. IV. 3 zu § 2). Er wird aber, weil er sich dieser Forderung vollständig entäussert hatte, ihm vielmehr immer ein eventueller, bedingter, Anspruch zustand, auch berechtigt sein, mit derselben zu kompensiren. Der in Frage stehende Anspruch ist kein in der Person des Indossanten neu entstandener, sondern das Indossament bestand, auch nachdem der Wechsel in andere Hand übergegangen war, fort. Nur die Geltendmachung des Anspruchs war gehemmt; durch die Rückkehr des Wechsels zum Indossanten sind die thatsächlichen Voraussetzungen eingetreten, von denen die Geltendmachung der Verpflichtung abhängt. [1])

IV.

Kenntniss der Zahlungs-Einstellung oder des Antrags auf Eröffnung des Verfahrens.

(Nr. 3.)

1.

Auch wenn Schuld und Forderung vor der Konkurseröffnung entstanden bezw. erworben, an sich also zur Aufrechnung geeignet sind, ist mit Rücksicht auf die Vorschriften über das Anfechtungsrecht (§§ 22 ff.), die Kompensation ausgeschlossen, wenn der Schuldner, der kompensiren will, bei Erwerb der Forderung dem Gemeinschuldner bereits die in Frage stehende Summe schuldete und wusste, dass bereits der Konkursanspruch eingetreten sei (Bem. III. 2 zu § 23). Diese Bestimmung wurde in den Motiven (237, 238) ausführlich gerechtfertigt, und insbesondere hervorgehoben, wenn ein Gläubiger des Gemeinschuldners nach Eintritt der Thatsachen, welche den Konkursanspruch der Gläubiger ins Leben rufen, mit dem Gemeinschuldner ein Rechtsgeschäft abschliesse, durch das er dessen Schuldner werde, und in die Lage komme, diese Schuld auf seine Kon-

[1]) So von Wilmowski § 48 Bem. 2 S. 165 und von Völderndorff Bem. II. ad 2 Bd. I. S. 505 ff. A. M. Hullmann § 48 Bem. 5 S. 192 ff. und von Sarwey § 48 Bem. 4 S. 375. Die Gerichtspraxis hat geschwankt. Das preussische Obertribunal hatte früher die Kompensation für unstatthaft erklärt (v. insbes. Striethorst Bd. 23 Nr. 75 S. 321), hat aber in einer Entscheidung vom 9. Juli 1868 (Striethorst Bd. 71 Nr. 66 S. 303 ff.) den hier als richtig anerkannten Grundsatz aufgestellt. Auch das Reichs-Oberhandelsgericht, dessen dritter Senat durch Erk. vom 28. Juni 1875 die entgegengesetzte Ansicht angenommen hatte, hat durch Plenarbeschluss vom 21. Juni 1878 erkannt, dass die Forderung des einlösenden Indossanten keine neu entstandene sei. (V. Entscheid. Bd. 24 Nr. 1 S. 1 ff. und die dort angeführte Literatur.)

kursforderung aufzurechnen, so komme § 23 Nr. 2 zur Anwendung, dagegen könne diese Vorschrift nicht zur Anwendung gelangen, wenn ein Schuldner des Gemeinschuldners eine Forderung an denselben erwerbe, und es sei sogar zweifelhaft, ob auf diesen Fall § 23 Nr. 1 angewandt werden könne. Desshalb sei es angemessen, im Anschluss an die pr. K.-O. (§ 97 Nr. 3) die Anfechtbarkeit der Kompensation für diesen Fall ausdrücklich auszusprechen.

2.

Wenn auch die Vorschrift der Nr. 3 mit den Bestimmungen des § 23 den Grund gemein hat, so unterscheidet sie sich doch wesentlich von denselben. Es handelt sich hier nicht um eine Anfechtung des Rechtsgeschäfts; der von dem Schuldner des Gemeinschuldners vorgenommene Erwerb der Konkursforderung bleibt in Kraft, und es kann diese im Konkursverfahren angemeldet werden. Nur die Aufrechnung ist ausgeschlossen. Auch wird hier die Kenntniss der Zahlungseinstellung u. s. w. auf Seite des Schuldners nicht vermuthet, sondern es muss dieselbe nachgewiesen werden. Ein Antrag von Hullmann, nach welchem dem kompensirenden Gläubiger der Beweis obliegen sollte, dass ihm die Zahlungs-Einstellung u. s. w. zur Zeit des Erwerbs nicht bekannt war, wurde von der Reichstagskommission abgelehnt, nachdem darauf verwiesen worden war, die Billigkeit verlange es, dass der Schuldner des Gemeinschuldners günstiger als die Gläubiger desselben behandelt werde, und es sei dies auch in der K.-O. an verschiedenen Orten geschehen. (K.: 46 und 47.)

Andererseits ist es, damit die Aufrechnung auf Grund der Nr. 3 ausgeschlossen wird, nicht nothwendig, dass eine Benachtheiligung der Masse nachgewiesen wird. Das Gesetz hat vielmehr seinen Grund darin, dass im Falle der Zulässigkeit der Kompensation mit dem Entstehen der Gegenforderung eine Benachtheiligung der Masse objektiv vorhanden sein würde, und will desshalb die Aufrechnung unbedingt ausschliessen. Mit Rücksicht darauf wurde auch ein Antrag von Hullmann, die Worte „durch ein Rechtsgeschäft mit demselben" wegzulassen und in dieser Beziehung lediglich auf die Anfechtung zu verweisen, von der Reichstagskommission (46, 47) abgelehnt. Immer wird vorausgesetzt, dass der aufrechnende Gläubiger zur Zeit, als er seine Forderung erwarb, bereits Schuldner des Gemeinschuldners war. Trifft diese Voraussetzung nicht zu, so liegt nicht der Fall des § 48 vor, wohl aber können dann die §§ 23 ff. zur Anwendung kommen. Auch die Vorschrift des § 48 Nr. 3 kann übrigens Anwendung nicht finden, wenn der Erwerb der Forderung in dieselbe Zeit fällt, in welcher eine durch § 23 betroffene Rechtshandlung nach § 26 der Anfechtung entzogen sein würde.

3.

Durch die Vorschrift der Nr. 3 sollen bloss „fraudulöse Operationen" betroffen werden. Der Ausschluss der Aufrechnung tritt desshalb nur dann ein, wenn die Forderung durch ein Rechtsgeschäft mit dem Gemeinschuldner oder Rechtsabtretung oder Befriedigung eines Gläubigers erworben wurde, nicht aber (wie im Falle der Nr. 2, Bem. III. 1), wenn der Uebergang der Forderung auf dem Wege der Universalsuccession erfolgte. Dies ist schon nach dem Wortlaut

des Gesetzes klar, wurde übrigens auch in den Motiven (238) besonders hervorgehoben. Dass die Aufrechnung ungeachtet der Kenntniss der Zahlungseinstellung u. s. w. zur Zeit des Erwerbs der Forderung erfolgen kann, falls der Schuldner sich bereits vorher zur Befriedigung des Gläubigers oder Uebernahme der Forderung unanfechtbar verpflichtet hatte, hat auch darin seinen Grund, dass der Erwerb in diesem Falle keine fraudulöse Handlung ist. „Diesen Fall brauchte das Gesetz kaum ausdrücklich anzunehmen, denn meist wird der Schuldner zugleich eine bedingte Regressforderung gehabt haben, welche ihm das Deckungs- und Kompensationsrecht schon nach § 47 sichert. Indess nicht immer und nicht nach allen Rechten wird solche Regressforderung z. B. des Mitschuldners des Kridars bestehen. Die K.-O. spricht die Ausnahme daher ausdrücklich aus.“ (M.: 238.)

§ 49.

Die Bestimmung des § 42 findet entsprechende Anwendung auf den Fall, dass ein im Auslande wohnender Schuldner nach dem Rechte des Auslandes eine nach § 48 unzulässige Aufrechnung mit der ihm abgetretenen Konkursforderung vornimmt.

(E.: § 49. M.: 238, 239. K.: 47.)

Da die Vorschrift des § 48 durch Aufkauf einer Konkursforderung seitens eines im Ausland wohnenden Schuldners leicht umgangen werden kann, und die Frage, nach welchem Rechte die Befugniss des Schuldners zur Kompensation mit einer an ihn cedirten Konkursforderung zu beurtheilen ist, sehr verschiedenartige Beantwortung gefunden hat, [1]) wurde zur Sicherung der Vorschriften des § 48 zu demselben Mittel gegriffen, das bereits in § 42 zur Anwendung gebracht wurde. Sofern die Kompensation, welche nach § 48 ausgeschlossen sein würde, von dem ausländischen Schuldner mit Erfolg ausgeübt wird, steht also gegen die der inländischen Gerichtsbarkeit unterworfenen Cedenten ein Regressanspruch zu. (M.: 238, 239.)

Siebenter Titel.

Massegläubiger.

(§§ 50—53.)

Vorbemerkungen.

1.

Die Verwaltung und Vertheilung des zur Befriedigung der Gläubiger bestimmten Vermögens des Gemeinschuldners veranlasst regelmässig Kosten, welche

[1]) Die Literatur bezüglich der Frage, nach welchen Gesetzen die Befugniss des Schuldners zur Kompensation mit einer an ihn cedirten Konkursforderung zu beurtheilen ist, ist in den Motiven (S. 238 Anm. 2) zusammengestellt.

aus der Konkursmasse zu berichtigen sind, und ausserdem können durch die Thätigkeit des Verwalters (Bem. II. 3 zu § 5) Verbindlichkeiten entstehen, welche ebenfalls aus der Masse befriedigt werden müssen. „Gleichsam als eine Last ruhen solche Ansprüche auf der gesammten Masse und verringern dieselbe. Omnia bona non intelligentur nisi deducto aere alieno; die Masseschulden — ein passiver Bestandtheil der Konkursmasse — müssen von ihr abgezogen werden, um diejenige Nettokonkursmasse herzustellen, auf deren Vertheilung die Konkursgläubiger ein Recht haben. Und die Kosten, welche dafür entstehen, die Nettokonkursmasse zu ermitteln, die zu ihr gehörigen Vermögensstücke herbeizuziehen, zu sichern, zu versilbern, die Antheilsrechte der Gläubiger festzustellen, mit einem Worte: diese Konkursmasse zur Theilungsmasse zu machen und die Theilung zu vollziehen, sind die Massekosten." (M.: 239.) Von der Berichtigung der Masseschulden und Massekosten, welche in der K.-O. auch (§§ 121, 159) unter der Bezeichnung „Masseansprüche" zusammengefasst werden, wird im siebenten Titel gehandelt, und zwar geschieht dies in der Art, dass in § 50 der allgemeine Grundsatz der vorzugsweisen Berichtigung der Masseansprüche aufgestellt wird, und die §§ 51 und 52 die Frage regeln, welche Kosten und Verbindlichkeiten als Massekosten bezw. Masseschulden anzusehen sind, sodann aber § 53 bestimmt, was zu geschehen hat, wenn die Masse nicht zur Befriedigung sämmtlicher Masseansprüche ausreicht.

2.

„Fast überall, so im gemeinen, wie im französischen und preussischen Recht, herrscht die Anschauung vor, als stehen die Massegläubiger zu den Konkursgläubigern in dem Verhältnisse eines Gläubigers zu seinem Schuldner. Bald hält man die Gläubigerschaft oder die Masse, bald die einzelnen Konkursgläubiger für die Verpflichteten. In Konsequenz dessen beschränken zwar die Einen die Verpflichtung, zur Berichtigung der Ansprüche beizutragen, auf die Mittel der Masse,[1]) Andere aber halten die Konkursgläubiger, wenn die Masse nicht zureicht, für verbunden, die Massekosten und die nicht rein dinglichen Schulden der Masse durch Zuschuss aus ihrem eigenen Vermögen zu decken.[2]) Diese Annahmen sind Erzeugnisse der schon oft zurückgewiesenen Theorie von einer juristischen Persönlichkeit oder Genossenschaft der Konkursgläubiger und einer Succession derselben in die Eigenthums- oder Verfügungsrechte des Gemeinschuldners.[3]) Die Ansprüche der Massegläubiger sind Schulden des letzteren. Aber es sind Schulden desselben, welche erst nach der Eröffnung des Konkursverfahrens, ohne eigenes Rechtsgeschäft desselben, für ihn zu Lasten der Konkursmasse und gegenüber den Konkursgläubigern verbindlich werden. Und dadurch unterscheiden sie sich ihrer Natur nach grundsätzlich von den Konkursforderungen. Es ist desshalb unthunlich, sie mit diesen in eine Ordnung zu stellen, auch wenn, wie es in älteren deutschen Partikulargesetzen und im Art. 2101 Code civil geschieht, ihnen ein bevorzugter Rang eingeräumt wird. Will man das Verhältniss

[1]) Koch, Recht der Forderungen, I. S. 534, 549.

[2]) Schweppe § 64 und § 91 (S. 120 und 184); Bayer § 50 S. 147, 148; Seufferts Archiv Bd. 22 Nr. 266 S. 413.

[3]) V. Bem. I. 2 und I. 3 zu § 2.

bezeichnen, welches die Massegläubiger zu den sonst betheiligten Gläubigern einnehmen, so möchte bezeichnend das Gleichniss sein, dass sie zu ihnen in dem Verhältniss von Absonderungs- zu Konkursgläubigern stehen; denn die Massegläubiger müssen aus der Konkursmasse befriedigt werden, vor und unabhängig von der Befriedigung der bei der Masse betheiligten Konkursgläubiger. Aber auch dies ist nur ein Gleichniss; die Massegläubiger gehören nicht zu den Absonderungsansprüchen in dem Sinne der K.-O., welche für den Begriff der Letzteren den Erwerb vor der Konkurseröffnung erfordert und die Beschränkung auf einzelne Theile der Masse voraussetzt." (M.: 239, 240.)

Aus der in der K.-O. zur Herrschaft gelangten Auffassung ergibt sich, dass die Massegläubiger, falls sie aus der Konkursmasse nicht vollständig befriedigt werden, sich nicht ohne Weiteres an den Konkursverwalter halten können, sondern nur dann einen Regressanspruch gegen denselben haben, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt, das ihn nach dem bürgerlichen Recht haftbar macht. Weiter führt diese Auffassung zu dem Ergebniss, dass der Gemeinschuldner, als dessen Vertreter der Konkursverwalter erscheint (Bem. II. 1 zu § 5), für die von demselben übernommenen Verbindlichkeiten wie für die entstandenen Kosten den Massegläubigern gegenüber unter allen Umständen haftbar ist. In der Reichstagskommission wurde denn auch die Frage, ob der Gemeinschuldner persönlich für den Ausfall hafte, von Regierungsrath Hagens bejaht, ohne dass hiegegen Widerspruch erhoben worden wäre. Derselbe bemerkte in zutreffender Weise: „Der Gemeinschuldner sei Eigenthümer der Konkursmasse geblieben. Der Konkurs-Verwalter übe nach § 5 Abs. 2 das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Gemeinschuldners aus. Soweit durch diese Ausübung Erwerbungen oder Verpflichtungen entspringen, träfen dieselben daher allgemein, ohne Beschränkung auf die Konkursmasse, den Gemeinschuldner." (K.: 109.)[1])

§ 50.

Aus der Konkursmasse sind die Massekosten und Masseschulden vorweg zu berichtigen.

(E.: § 50. M.: 240—242. K.: 49; pr. K.-O.: 40.)

1.

Nach der Vorschrift des § sind die Massekosten und Masseschulden vorweg „aus der Konkursmasse" zu berichtigen. Es ist also nicht gestattet, wie es in einzelnen Ländern des sächsischen Rechts vielfach üblich war, nur einen Theil

[1]) V. auch Hullmann Vorbem. 2 zu Titel VII. S. 195; von Wilmowski ebendas. S. 168; Wengler § 50 Bem. 3 S. 359; von Sarwey Vorbem. zu Titel VII. S. 382. Von Völderndorff behauptet allerdings (Vorbem. zu Titel VII. Bd. I. S. 512 und § 50 Bem. IV. S. 516 ff.), dass der Gemeinschuldner nicht für den Ausfall hafte. Diese Ansicht kann aber ebensowenig als richtig angesehen werden, als die Behauptung von Völderndorffs, dass der Konkursverwalter den Gemeinschuldner nicht vertrete.

der Kosten zum Voraus von der Masse abzuziehen, den anderen aber den einzelnen Gläubigern nach Verhältniss ihrer Dividende anzurechnen. „Insoweit eine Vorrechtsordnung unter den betheiligten Gläubigern besteht, verlangt diese, dass der bestberechtigte Gläubiger vollständig befriedigt werde, wenn dazu genügende Masse vorhanden; es würde ihr widersprechen, die Forderung des Ersten zu kürzen, damit auch die nachstehenden Gläubiger etwas erhalten. Soweit aber die Gläubiger gleiche Rechte geniessen, würde eine antheilige Vertheilung der Kosten nur unnöthig das Rechnungswerk erschweren.“ (M.: 241.)

2.

Da die Massegläubiger nicht Konkursgläubiger sind (Vorbem. 2), brauchen sie sich an dem Konkursverfahren nicht zu betheiligen, und sind sonach weder an die Anmeldefrist (§§ 126, 129) gebunden, noch genöthigt, ihre Ansprüche der in den §§ 129—132 vorgesehenen Prüfung zu unterwerfen. Sie können sich vielmehr einfach an den Konkursverwalter halten, der die Masse zu verwalten und demnach auch die derselben obliegenden Verbindlichkeiten zu erfüllen hat. Was die Zeit der Geltendmachung der Masseansprüche anbelangt, so ist im Allgemeinen das bürgerliche Recht massgebend. Sobald eine fällige Forderung vorliegt, kann deren Befriedigung vom Verwalter verlangt werden, und es kann sich dieser seiner Verbindlichkeit nicht durch die Behauptung entziehen, dass noch keine genügenden Mittel zur Bezahlung der Massegläubiger vorhanden seien, oder dass erst abgewartet werden müsse, ob nicht noch andere Massekosten oder Masseschulden entstünden, durch welche die Befriedigung des Gläubigers in Frage gestellt werde. Nur wenn es sich bereits herausgestellt hat, dass nicht alle vorhandenen Masseansprüche befriedigt werden können, müssen die einzelnen Massegläubiger es sich gefallen lassen, dass die in § 53 vorgesehene Reihenfolge eingehalten wird (Bem. 1 und 2 zu diesem §). Nur den Konkursgläubigern, nicht den bereits vorhandenen Massegläubigern gegenüber, ist der Konkursverwalter berechtigt, zur Bestreitung später entstehender Massekosten u. s. w. Gelder zurückzuhalten.

3.

Viele neuere Gesetzgebungen enthalten besondere Vorschriften darüber, wie die Masseansprüche auf die Konkursmasse und die etwaigen Sondermassen zu vertheilen sind. Insbesondere sagt § 40 der pr. K.-O.: „Von der gemeinschaftlichen Konkursmasse, sowie von jeder abgesonderten Masse, sind die in Beziehung auf dieselbe entstandenen Kommunkosten in Abzug zu bringen.“ Die K.-O. kennt den Begriff der Sondermasse nicht (Bem. II. 1 und 2 zu § 3); es kann desshalb die Nothwendigkeit der Vertheilung auf verschiedene Massen bezw. Arten von Gläubigern nur dann eintreten, wenn thatsächlich aus der Konkursmasse einzelne Gegenstände abgesondert worden sind. „Sonst gibt es aber nur eine Masse und die Kosten und Schulden treffen die ganze Masse, gleichviel ob sie von dem einen oder von dem anderen Gegenstand, namentlich von dem einen oder anderen Grundstück derselben herrühren. Also nicht schon der Umstand, dass auf einem Grundstück Abgaben oder Lasten haften, bedingt

oder rechtfertigt eine besondere Grundstücksmasse und eine Berechnung der Unkosten auf diese allein. Wie die Revenüen des Grundstücks zur Konkursmasse fliessen, so sind aus ihr auch alle Lasten zu berichtigen." (M.: 241.) Für den Fall, dass ein Absonderungsrecht nach den Vorschriften der K.-O. ausgeübt wird, wurde die Vorschrift der pr. K.-O. in den Motiven (a. a. O.) als materiell gerechtfertigt erklärt, weil in diesem Falle die Konkursmasse und jede Sondermasse selbstständig und für sich abgeschlossen bestehe und die Ausübung des Absonderungsrechts unabhängig von dem Konkursverfahren und ausserhalb desselben erfolge (Bem. I. 1 und II. 1 zu § 3). Man ging jedoch von der Auffassung aus, dass die Aufnahme einer derartigen Vorschrift ausserhalb des Bereichs der K.-O. liege. Die Bestimmungen anderer Gesetzgebungen, nach welchen eine Vertheilung der allgemeinen Konkurskosten, des Honorars des Verwalters u. s. w. auf die Konkursmasse und die einzelnen Sondermassen nach Verhältniss des Betrages oder Erlöses derselben zu erfolgen hat, oder die Kosten und Schulden einer Sondermasse im Falle ihrer Unzulänglichkeit der Konkursmasse aufzubürden sind, wurden in den Motiven als ungerechtfertigt erklärt: „Derartige Vorschriften sind mit der Auffassung des Entwurfs unvereinbar. Wird namentlich die Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung eines Grundstücks von einem Sondergläubiger betrieben, so können die Kosten derselben, wenn die Revenüen- oder Grundstücksmasse nicht ausreichen sollte, aus der Konkursmasse keineswegs erhoben werden. Anders wenn der Betrieb durch den Konkursverwalter nach § 116 erfolgte; hier würden allerdings die ausfallenden Kosten die Konkursmasse nach § 52 Nr. 1 als eine Masseschuld treffen; indessen hier steht kein Absonderungsrecht in Frage. Und so kann es auch vorkommen, dass Kosten oder Schulden mehrere Massen gemeinschaftlich berühren, dass Arbeitslöhne, Miethzinse u. s. w. für mehrere zu zahlen sind; auch in diesem Falle bedarf es, in Ermangelung vertragsmässigen Abkommens, einer Repartition. Das sind Thatfragen. Für diese mit der östr. K.-O. (§ 28 Abs. 2) eine gesetzliche Vermuthung dahin aufzustellen, dass „„im Zweifel, ob solche Schulden auf die gemeinschaftliche oder auf eine besondere Masse sich beziehen, anzunehmen sei, sie treffen die gemeinschaftliche Masse,““ erschien weder als nothwendig noch als gerechtfertigt." (M.: 241, 242.)

§ 51.

Massekosten sind:

1. die gerichtlichen Kosten für das gemeinschaftliche Verfahren;
2. die Ausgaben für die Verwaltung, Verwerthung und Vertheilung der Masse;
3. die dem Gemeinschuldner und dessen Familie bewilligte Unterstützung.

(E.: § 51. M.: 242—244. K.: 49; pr. K.-O : § 41.)

I.
Allgemeine Bemerkungen.

„Massekosten sind die im Interesse aller Konkursgläubiger entstehenden Kosten, die erforderlich sind, um das Befriedigungsverfahren durchzuführen. Massekosten sind daher nicht solche Kosten, welche durch das, die Beseitigung des Vertheilungsverfahrens bezweckende, auf den Antrag des Gemeinschuldners stattfindende, Zwangsvergleichsverfahren (§§ 160 ff.) entstehen.[1]) Ebensowenig die Separatkosten, welche dem einzelnen Gläubiger behufs seiner Theilnahme an dem Konkursverfahren erwachsen; die aussergerichtlichen Kosten seiner Theilnahme und Vertretung — Liquidationskosten, Professionskosten, depens — trägt jeder Gläubiger für sich vorbehaltlich der Ersatzpflicht des Gemeinschuldners (§ 56 Nr. 2); die Kosten eines besonderen Prozesses zur Feststellung der streitigen Forderung eines einzelnen Gläubigers (§ 134) fallen dem unterliegenden Theile zur Last — beim Unterliegen des Konkursverwalters freilich der Konkursmasse als Masseschuld (§ 52 Nr. 1). Die gemeinrechtliche Praxis, die Auslagen und Gebühren des Konkurskurators für den Liquidationsprozess, auch bei dem Unterliegen des Gläubigers, aus der Konkursmasse zu nehmen und andererseits die gerichtlichen Kosten dieses Prozesses auch dem obsiegenden Gläubiger zur Last zu legen, konnte auf Anerkennung keinen Anspruch machen." (M.: 242, 243.)

II.
Besondere Bemerkungen.

1.
Gerichtliche Kosten für das gemeinschaftliche Verfahren.

Damit Kosten unter die Nr. 1 fallen, müssen sie nicht bloss gerichtliche Kosten sein, sondern auch das gemeinschaftliche Verfahren betreffen (Bem. I.).

[1]) Von Völderndorff behauptet (§ 51 Bem. a Bd. I. S. 518, 519), die durch den Zwangsvergleich erwachsenen Kosten müssten unter allen Umständen aus der Masse entnommen werden, sei es, dass der Zwangsvergleich genehmigt oder dass er verworfen wird. Es dürfen aber die Gläubiger, namentlich diejenigen, welchen ein Vorzugsrecht zusteht und welche an dem Zwangsvergleich gar nicht unmittelbar betheiligt sind (§§ 160 und 176), nicht dadurch verkürzt werden, dass der Versuch gemacht wurde, auf dem Wege des Zwangsvergleichs zu einer Aufhebung des Konkursverfahrens zu gelangen. Sofern den einzelnen Gläubigern durch das Zwangsvergleichsverfahren Kosten entstanden sind, haben diese dieselben zu tragen. Soweit dem Konkursverwalter besondere Kosten erwachsen sollten, entsteht allerdings die Schwierigkeit, in welcher Weise diese zu decken sind, wenn der Zwangsvergleich nicht genehmigt wird. Diese Schwierigkeit kann aber an dem aufgestellten Grundsatz nichts ändern. In erster Linie ist es Sache des Gemeinschuldners, das Verfahren zu betreiben und die nöthigen Auslagen zu bestreiten, und es wird der Konkursverwalter, soweit er sich an dem Verfahren betheiligen muss, berechtigt sein, vom Gemeinschuldner den nöthigen Vorschuss zu verlangen. In der pr. K.-O. (§ 194 Abs. 2) war ausdrücklich gesagt: „Die gerichtlichen baaren Auslagen und die aussergerichtlichen Kosten hat in jedem Falle der Gemeinschuldner zu tragen." Besondere Gerichtsgebühren sollten nach § 194 Abs. 1 nicht berechnet werden und werden solche auch nach dem Gerichtskostengesetz (§§ 51—58) nicht entstehen.

Zu diesen Kosten (sumtus processus), welche in der pr. K.-O. einzeln aufgezählt waren,[1] gehören namentlich: „Die Kosten für das die Eröffnung des Konkurses herbeiführende Verfahren, die gerichtlichen Kosten, welche zur Ermittelung, Sicherstellung, Feststellung, Einziehung und Verwerthung der Aktivmasse nothwendig sind, die Kosten der Verhaftung des Gemeinschuldners, des offenen Arrests, der Eintragung von Sperrvermerken, der Siegelung, der Inventur, der angeordneten Verrechnungen u. s. w. — ferner die Kosten, welche durch das gemeinschaftliche Verfahren zur Ermittelung der Anrechte der Gläubiger, zur Feststellung der Passivmasse bedingt werden, sowie die gerichtlichen Kosten, welche durch die Vertheilung der Masse und die Beendigung und Aufhebung des Verfahrens entstehen — endlich und namentlich die Kosten der allgemeinen, den Gang des Verfahrens bestimmenden Termine, des Wahl-, des Prüfungs-, des Schlusstermins.“ (M.: 243.) Nicht hierher gehören, gleich den Kosten, welche durch die Klage auf Feststellung einer Forderung entstehen (Bem. I.), die Kosten, welche einzelne Gläubiger durch ungerechtfertigte Anträge u. s. w. in ihrem Sonderinteresse verursachen. Es genügt nicht, dass die Kosten im gemeinschaftlichen Verfahren entstehen, sondern es wird vorausgesetzt, dass sie für dieses Verfahren erwachsen sind.

2.

Verwaltung, Verwerthung und Vertheilung der Masse.

Zu den aussergerichtlichen Ausgaben für die Verwaltung, Verwerthung und Vertheilung der Masse (sumtus oeconomici) gehören zunächst: „Die Gebühren und die Auslagen, Porti u. s. w. des Verwalters und der Mitglieder eines Gläubigerausschusses, sowie die eigentlichen Verwaltungs- und Wirthschaftsunkosten, die Arbeits- und Gesindelöhne, die Miethsvergütungen, die Saat- und Erntekosten, Versicherungsprämien und dergleichen.“ (M.: 243.)[2] Bezüglich der in der pr. K.-O. noch erwähnten Ausgaben zur Erhaltung und Verbesserung der Massegegenstände und zur Erstattung der desshalb geleisteten Vorschüsse wurde in den Motiven bemerkt: „Die letzteren werden weniger als „Kosten“ wie als „Schulden“ zu betrachten und daher in die Kategorie der Masseschulden (§ 52 Nr. 3) zu bringen sein, wie denn überhaupt auch andere obligatorische Verpflichtungen, welche zur Verwaltung oder Verwerthung der Masse vom

[1] Die pr. K.-O. rechnet in § 41 Nr. 1 zu den Kommunkosten: „alle Kosten, welche behufs der Eröffnung des Konkurses, sowie behufs der Ermittelung, Sicherstellung, Einziehung, Zahlbarmachung und Vertheilung der Masse, ingleichen behufs der Ermittelung und Feststellung der Anrechte der Gläubiger erwachsen, soweit sie nicht von den einzelnen Gläubigern getragen werden müssen.“

[2] In § 41 Nr. 2 pr. K.-O. werden als Kommunkosten bezeichnet: „alle Ausgaben, welche bei der Verwaltung der Masse entstehen, insbesondere alle Ausgaben zur Bestreitung der aus der Grundstücksmasse zu entrichtenden laufenden öffentlichen und gemeinen Abgaben und Leistungen, sowie der Verwaltungs- und Wirthschaftskosten, ingleichen alle Ausgaben zur Erhaltung und nöthigen Verbesserung der in Beschlag genommenen Sachen, sowie zur Erstattung der desshalb etwa geleisteten Vorschüsse.“

Verwalter eingegangen oder zu erfüllen sind, namentlich Dienstlöhne und Miethsgelder, die rechtliche Natur von Masseschulden haben können — ein Umstand, der im Falle der Unzulänglichkeit der Masse (53) von Bedeutung ist." Sind die in Frage stehenden Ausgaben vom Verwalter bestritten worden, besteht also eine Forderung an die Masse nicht mehr, so sind dieselben als Massekosten anzusehen und als solche nach § 50 vorweg aus der Masse zu bestreiten. Hat ein Dritter die in Frage stehenden Auslagen oder Vorschüsse gemacht, so steht ihm allerdings eine Forderung an die Masse zu, und deren Verbindlichkeit ist als Masseschuld im Sinne des § 52 anzusehen. Dasselbe gilt aber von den Forderungen Dritter für Arbeits- oder Gesindelohn, Miethsvergütung u. s. w. (Bem. I. zu § 52 und Bem. 3 zu § 53.) [1]) Bezüglich der in der pr. K.-O. besonders erwähnten öffentlichen Abgaben und Leistungen wurde in den Motiven bemerkt: „Der Entwurf rechnet die auf Grundstücken haftenden öffentlichen und gemeinen Abgaben hierher, also alle Grundsteuern, Leistungen zu Brücken- und Wegebauten, Kirchen- und Pfarrbauten, die Deichlasten, Schul-, Ortsarmenabgaben und dergl. dingliche Lasten, sofern sie Leistungen für die Zeit des Verfahrens betreffen; denn wenn auch der Gemeinschuldner nicht persönlich für sie verpflichtet ist, so lässt sich ohne sie der belastete Vermögenstheil nicht benützen und verwerthen.[2]) Persönliche Steuern des Gemeinschuldners sind dagegen weder Massekosten noch Masseschulden." Auch erscheinen diese Ausführungen als zutreffend. Zu der Verwaltung des die Konkursmasse bildenden Vermögens gehört auch die Bestreitung der auf einzelnen Vermögenstheilen haftenden Lasten. Sofern nicht die in Frage stehenden Grundstücke thatsächlich abgesondert wurden, die Massekosten sonach von der Absonderungsmasse zu tragen sind (Bem. 3 zu § 50), müssen dieselben hiernach gemäss § 51 aus der Konkursmasse bestritten werden. Ob eine Steuer als persönliche Abgabe anzusehen ist, oder an einem bestimmten Grundstück haftet, ist nach dem am Ort der belegenen Sache geltenden Rechte zu beurtheilen.[3])

3.

Die Vorschrift der Nr. 3 bezieht sich nur auf diejenige Unterstützung, welche dem Gemeinschuldner und dessen Familie aus freien Stücken bewilligt worden ist (§§ 118 und 120), nicht auf den Unterhalt, den derselbe nach § 1 Abs. 2 beanspruchen kann. Wegen der Frage, ob die Verbindlichkeit zur Be-

[1]) V. von Sarwey § 51 Bem. 3 S. 386 ff. und Bem. 1 zu § 52 S. 388 ff.

[2]) Von Völderndorff stellt (§ 51 Bem. b. Bd. 1. S. 519) die Ansicht auf, die öffentlichen Abgaben lasteten auf der Masse nicht in Folge der Verwaltung derselben im engeren Sinne, sondern in Folge „einer Handlung des Verwalters", nämlich des Umstandes, dass der Verwalter die Immobilien im Besitz behalte und nicht sofort veräussere, seien desshalb nicht als Massekosten sondern als Masseschulden im Sinne des § 52 Nr. 1 anzusehen, und hätten im Falle der Insuffizienz den Vorrang vor den Massekosten. Diese Ansicht kann aber nicht als richtig angesehen werden.

[3]) Das preussische Obertribunal erkannte am 24. Februar 1871 (Striethorst Bd. 81 Nr. 35 S. 175 ff.), dass die Einquartierungslast nach der preussischen Gesetzgebung aus der Grundstücksmasse zu entrichten und desshalb zu den Kommunkosten zu rechnen sei.

streitung dieses Unterhalts als „Masseschuld" erscheint, ist die Bem. II. zu § 52 zu vergleichen.

Bezüglich der Frage, ob die Kosten der Beerdigung des Gemeinschuldners aus der Masse zu entnehmen seien, wurde in den Motiven (244) bemerkt, dass weder Gründe des Rechts noch der Moral für die Bejahung durchschlagend seien, da der Zweck und die Durchführung des Konkursverfahrens mit der Beerdigung in keinem Zusammenhang stehe. Auch kann ein rechtlicher Anspruch in dieser Beziehung in keinem Falle gegen die Masse erhoben werden. Sollte der Konkursverwalter oder die Gläubigerversammlung dem Gemeinschuldner und dessen Familie einen bestimmten Unterhaltsbeitrag bewilligt haben, so wird jedoch nichts im Wege stehen, dass dieser zur Bestreitung der Beerdigungskosten des Gemeinschuldners oder eines Familiengliedes desselben verwendet wird.[1])

§ 52.

Masseschulden sind:

1. die Ansprüche, welche aus Geschäften oder Handlungen des Konkursverwalters entstehen;
2. die Ansprüche aus zweiseitigen Verträgen, deren Erfüllung zur Konkursmasse verlangt wird oder für die Zeit nach der Eröffnung des Verfahrens erfolgen muss;
3. die Ansprüche aus einer rechtlosen Bereicherung der Masse.

(E.: § 52. M.: 244—246. K.: 249; pr. K.-O.: §§ 42—44.)

I.

Allgemeine Bemerkungen. — Begriff der Masseschulden.

Welches Verhältniss zwischen den in § 52 geregelten „Masseschulden" (in engerem Sinne des Wortes) und den im § 51 aufgezählten „Massekosten" besteht, ist nicht ohne Weiteres klar, da wegen der im § 51 erwähnten Aufwendungen Forderungen von Dritten bestehen können, welche eine Masseschuld begründen und umgekehrt eine Masseschuld im Sinne des § 51 in einer Ausgabe für die Verwaltung oder Verwerthung der Masse ihren Grund haben kann. (Bem. II. 2 zu § 51.) Auch wird das Verhältniss nicht gerade in klarer Weise in den Motiven dargelegt, wo (244) gesagt wird: „Den Kosten, welche als der sachlich nothwendige Aufwand aus der Masse zu bestreiten sind, stehen die Masseschulden insofern gegenüber, als diese stets eine obligatorische Verbindlichkeit voraussetzen, und auch ohne sachlich nothwendiger Kostenaufwand zu sein, von Wirksamkeit sind." Es wird nämlich dadurch der Schein erregt, als ob zwischen „Massekosten" und „Masseschulden" ein Gegensatz bestehe, während ein solcher in Wirklichkeit nicht vorhanden

[1]) V. v. Völderndorff § 51 Bem. c. II. Bd. I. S. 521.

ist, sondern es sich bei den Verfügungen in den §§ 51 und 52 um ganz verschiedene Dinge handelt. In § 51 wird die Berichtigung der dort bezeichneten Aufwendungen mit Rücksicht auf deren Zweck gesichert, gleichviel ob der Konkursverwalter dieselben aus seinen Mitteln bestritten, oder ein Dritter sie vorgeschossen hat, oder sie noch an den ursprünglichen Empfangsberechtigten zu bezahlen sind. Durch § 52 wird in gleicher Weise festgestellt, dass gewisse Forderungen wegen ihrer Natur durch Vorwegnahme des hiezu erforderlichen Betrags aus der Masse zu befriedigen sind. Beide Bestimmungen sind also von einander unabhängig und gehen an sich nebeneinander her, ohne sich zu berühren. Der Schein eines Gegensatzes, sowie die Nothwendigkeit, die „Masseschulden" von den „Massekosten" zu unterscheiden, entsteht erst durch die Konkurrenz unter denselben für den Fall der Unzulänglichkeit der Masse bezw. durch die Vorschrift des § 53. Bei der Verpflichtung zur Zahlung der Massekosten handelt es sich, so oft einem Dritten ein Anspruch auf Zahlung zusteht, um eine Masseschuld im weiteren Sinne des Wortes.[1]) Dass die Forderungen, welche in § 52 aufgezählt werden, gemäss § 53 einen Vorzug vor den Massekosten haben, hat hauptsächlich darin seinen Grund, dass die Forderungsberechtigten, deren Ansprüche in einer Handlung des Verwalters oder einer Vorschrift des Gesetzes ihren Grund haben, nicht darunter leiden dürfen, dass das Konkursverfahren nicht gemäss §§ 99 bezw. 190 abgelehnt oder rechtzeitig aufgehoben wurde, weil die Mittel zur Bestreitung der Kosten fehlen. (Bem. 3 zu § 53.)

II.

Ansprüche aus Geschäften und Handlungen des Konkursverwalters.

In Nr. 1 wird der Fall geregelt, dass einem Dritten aus einem Rechtsgeschäft oder einer Rechtshandlung des Konkursverwalters ein Anspruch gegen die Masse erwachsen ist. Bezüglich dieser Vorschrift wurde in den Motiven (244) bemerkt: „Ist das Geschäft oder die Handlung von ihm innerhalb der Grenzen seiner Befugnisse vorgenommen, so muss der daraus hervorgehende Anspruch zufolge der im ersten Titel besprochenen Stellung, welche der Verwalter einnimmt, gegenüber den Konkursgläubigern verbindlich sein. Der rechtsverbind-

[1]) V. hiezu Fuchs Konkursprozess § 13 S. 70, 71 und von Sarwey § 52 Bem. 1 S. 389 ff. Von Wilmowski (§ 51 Bem. 3 S. 170) und von Völderndorff (ebendas. Bem. a Bd. I. S. 523) bemerken zwar, durch die Erörterungen von Fuchs und Sarwey werde eine durchgreifende sachgemässe Unterscheidung nicht gewonnen, weil § 51 Nr. 2, wie § 53 zeige, ebensowohl die noch zu leistenden, wie die schon geleisteten Ausgaben umfasse. Diese Bemerkungen sind aber nicht zutreffend. Die Massekosten als solche können bereits bestritten oder noch zu bestreiten sein. Wenn aber eine Ausgabe vom Verwalter bestritten worden ist, besteht bezüglich derselben keine Masseschuld mehr. Es kann hienach allerdings vorkommen, dass ein bestimmter Posten, welcher, wenn er bei Eintritt der in § 53 festgestellten Voraussetzungen noch nicht bezahlt wäre, in erster Linie als Masseschuld zu bezahlen sein würde, wenn er zu dieser Zeit bereits berichtigt ist, erst in zweiter Linie berücksichtigt werden darf, d. h. den Verwalter nicht berechtigt, die Zahlung einer Masseschuld zu verweigern.

liche Anspruch ist aus der Konkursmasse ebenso zu erfüllen, wie ihn der Gemeinschuldner ausserhalb des Konkursverfahrens erfüllen müsste. Danach ergibt sich besonders die bestrittene Pflicht zur Eviktionsleistung für eine von dem Verwalter geschehene Veräusserung.[1]) Dass der Verwalter sich für einen Anspruch, der aus der Konkursmasse zu erfüllen ist, gegen die Konkursgläubiger und den Gemeinschuldner regresspflichtig machen kann, bedarf kaum der Erwähnung." Damit die Nr. 1 zur Anwendung kommt, wird selbstverständlich erfordert, dass dem Dritten überhaupt ein Anspruch gegen die Konkursmasse zusteht, d. h. dass diese durch die Handlung des Verwalters verpflichtet wird. In § 52 wird allenthalben eine solche Verpflichtung vorausgesetzt und im § 50 nur die Befriedigung der Gläubiger in anderer Weise als bei den einfachen Konkursgläubigern geregelt. Lässt sich aus der Handlung des Konkursverwalters nur ein Anspruch, z. B. eine Schadenersatzforderung, gegen diesen selbst ableiten, so fehlt es an der wesentlichsten Voraussetzung des §. Ausserdem wird vorausgesest, dass der Anspruch gegen die Masse durch das Rechtsgeschäft oder die Handlung des Konkursverwalters entstanden ist. Es genügt sonach nicht, dass dieser eine bereits früher bestehende Forderung anerkannt hat. Die Nr. 1 des § wird hauptsächlich dann zur Anwendung kommen, wenn ein von dem Konkursverwalter abgeschlossener Vertrag oder ein von demselben ohne Erfolg geführter Prozess u. s. w. in Frage steht. Es kann aber auch eine einfache Verwaltungshandlung des Konkursverwalters, sei dieselbe eine rechtliche oder widerrechtliche, genügen, und es muss das bürgerliche Recht darüber entscheiden, ob der Gemeinschuldner bezw. die Konkursmasse für die Folgen der von ihrem Vertreter vorgenommenen Handlung haften muss (Bem. II. zu § 5).[2])

Auch der Umstand, dass der Verwalter einen bestimmten Vermögenstheil in Verwaltung genommen hat, kann hinreichen, um eine Masseforderung zu begründen. So ist der Anspruch des Gemeinschuldners auf Gewährung des Unterhalts aus den gemäss § 1 Abs. 2 in die Konkursmasse fallenden Nutzungen nach Nr. 1 als Masseanspruch anzusehen, denn die Thatsache, dass der Konkursverwalter die Verwaltung des dem Niessbrauch unterworfenen Vermögens übernommen hat, verpflichtet denselben, die darauf ruhenden Lasten zu bestreiten (Bem. IV. 3 zu § 1), und diese Verpflichtung ist als Masseschuld anzusehen. In den Motiven zu § 51 (S. 244) wurde zwar die Ansicht ausgesprochen, dass die Mittel, welche zur Gewährung des gesetzlich zugesicherten Unterhalts dienten, gar nicht zur Konkursmasse gehörten. Diese Auffassung hat aber durch die jetzige Fassung des § 1 Abs. 2 ihre Unterlage verloren. (Bem. IV. 2 zu § 1.)

[1]) Diese Verpflichtung wurde unter der Herrschaft der preussischen Konkurs-Ordnung bestritten von Koch, Recht der Forderungen § 57 Bd. I. S. 657. V. auch Goltdammer § 42 Bem. 3 S. 146.

[2]) Das preussische Obertribunal entschied am 5. Juli 1850 (Entscheid. Bd. 19 S. 488), wenn ein Konkursverwalter ohne rechtlichen Grund von einer fremden Sache für die Konkursmasse Besitz ergreife, und deren Rückgabe verweigere, so sei die Konkursmasse für den Schaden verantwortlich und es brauche sich der Eigenthümer mit seiner Entschädigungsforderung nicht auf den Konkurs einzulassen.

III.

Ansprüche aus zweiseitigen Verträgen, welche der Konkursmasse gegenüber zu erfüllen sind.

1.

Allgemeine Bemerkungen.

Die Vorschrift der Nr. 2 hat diejenigen Fälle zum Gegenstand, in denen ein Rechtsgeschäft zwar vor der Eröffnung des Verfahrens vom Gemeinschuldner eingegangen wurde, der Anspruch auf Erfüllung aber erst nach der Eröffnung zufolge einer Rechtshandlung des Verwalters oder zufolge des Gesetzes entsteht, und es liegt hier der Grund, aus welchem der Erfüllungsanspruch Masseschuld wird, in der Wirkung der Konkurseröffnung auf die zur Zeit noch schwebenden Rechtsgeschäfte. Der Regel nach hemmt die Konkurseröffnung die Erfüllung der noch nicht erfüllten Verträge und es löst sich der Erfüllungsanspruch in eine Entschädigungsforderung wegen Nichterfüllung auf. (Bem. I. 1 zu § 15 und Bem. III. 2 zu § 21.) Von dieser Regel gibt es aber Ausnahmen und wenn diese Platz greifen, muss dem Gläubiger, der zur Erfüllung angehalten wird, auch die Gegenleistung vollständig aus der Konkursmasse gewährt werden. In dieser Beziehung wurde in den Motiven (245, 246) bemerkt: „Das Gesetz machte zwei Ausnahmen. Trotz der Regel kann der Verwalter die Erfüllung nach dem Inhalt und dem Gegenstand des zweiseitigen Vertrags verlangen (§ 15); übt aber der Verwalter im Interesse der Masse dieses vertragsmässige Erfüllungsrecht des Gemeinschuldners aus, so muss der Vertrag unabweislich nach beiden Seiten wie bedungen erfüllt, die rückständige Leistung des Gemeinschuldners muss nach Inhalt und Gegenstand des Vertrags aus der Masse als Masseschuld geleistet werden, gleichviel ob der Vertrag noch gar nicht oder schon theilweise erfüllt war, gleichviel ob die Erfüllung von dem Gemeinschuldner erst nach oder schon vor der Konkurseröffnung geschehen sollte. Wohlverstanden die rückständige Leistung. Ansprüche aus einer vom Gemeinschuldner schon gemachten selbstständigen Leistung, wegen Mängel, wegen Eviktion dieser Leistung u. s. w., sind wie die Ansprüche wegen nicht gehöriger Erfüllung sonstiger Verbindlichkeiten nicht Masseansprüche, sondern Konkursforderungen. Trotz der Regel der Nichterfüllung schreibt zweitens das Gesetz für gewisse zeitdauernde Verträge die Fortdauer der Erfüllung auch nach der Konkurseröffnung vor (§§ 17, 19, 20); kraft des Gesetzes muss daher die Verpflichtung des Gemeinschuldners nach Inhalt und Gegenstand des Vertrags aus der Konkursmasse erfüllt werden, in dem Maasse als die Erfüllung für die Zeit nach der Konkurseröffnung zu leisten ist. Der Satz findet vorzüglich Anwendung auf Pacht-, Mieths- und Dienstgelder; dieselben sind Masseschulden, soweit der Pacht und Miethsgebrauch oder die Dienstverrichtung dem Zeitraum des Konkursverfahrens angehört; die Fälligkeit der Zinse und Löhne ist nicht immer entscheidend. Der Satz kann auch auf andere Ansprüche aus Pacht-, Mieths- und Dienstverträgen, die nach Inhalt des Vertrages erst für die Zeit nach der Konkurseröffnung zur Existenz gelangen, sowie auf gleiche Ansprüche aus anderen Verträgen und Verhältnissen Anwendung finden, namentlich aus solchen Gesellschafts-, Gütergemeinschafts- und sonstigen

Gemeinschaftsverhältnissen, die durch den Konkurs nicht aufgelöst werden; so ist ein nach Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen eines Gewerkes durch Gewerkschaftsbeschluss festgesetzter Beitrag als Masseschuld zu erachten. Nicht Masseschulden sind dagegen die Ansprüche, welche dem Vertrage gemäss für die Zeit vor der Konkurseröffnung zu erfüllen waren; rückständige Pachtzinse, Löhne u. s. w. aus der Zeit vor dieser sind unzweifelhaft Konkursforderungen; aber auch die Schadensansprüche wegen vorzeitiger Auflösung eines Pachtvertrages u. s. w., welche dadurch entstehen, dass der Verwalter gemäss § 17 Nr. 1 den Vertrag aufkündigt oder gemäss § 17 Nr. 2 das Grundstück verkauft, sind Konkursforderungen; denn es sind nicht Ansprüche für die vom Gesetz vorgeschriebene Erfüllung, sondern für die durch den Ausbruch des Konkurses bewirkte Nichterfüllung einer Verpflichtung des Gemeinschuldners." (V. auch Bem. II. 2 und 3 zu §§ 17 ff. und Bem. III. 2 zu § 21.)

2.

Anspruch des Pächters auf Rückgabe der Pachtkaution und des Pachtinventars.

Wenn dem Gemeinschuldner als Verpächter vom Pächter eine Kaution bestellt wurde, so ist, wie auch das preussische Obertribunal in einem Erkenntniss vom 18. Sept. 1868 (Striethorst Bd. 71 Nr. 70, S. 329) angenommen hat, der Anspruch auf Rückgabe dieser Kaution nicht als Masseanspruch, sondern lediglich als Konkursforderung anzusehen, denn die Verpflichtung zur Rückgabe ist schon durch die Empfangnahme der Kaution begründet worden, stammt also nicht aus der Zeit her, für welche der Vertrag auf Rechnung der Masse zu erfüllen ist.[1]) Aus demselben Grunde muss aber auch der Anspruch des Verpächters, den er gegen den Gemeinschuldner als Pächter auf Ersatz der Defekte des Pachtinventars geltend macht, sofern dieselben aus der Zeit vor der Konkurseröffnung herrühren und dies in gehöriger Weise festgestellt worden ist, als Konkursforderung angesehen werden. Die Verpflichtung zur Rückgabe des Inventars ist ebenso wie die zur Rückgabe der Kaution im Augenblick der Uebernahme und die Verbindlichkeit zum Ersatz wegen etwaiger Verschleuderungen oder Verschlechterungen in dem Augenblick entstanden, in welchem diese vorgenommen wurden, wenn auch die Forderung, wie diejenige auf Rückgabe der Kaution, erst nach Beendigung des Pachtverhältnisses geltend gemacht werden kann. Das pr. Obertribunal hat zwar am 1. März 1872 (Entscheid. Bd. 67 Nr. 7, S. 73) erkannt, dass der Anspruch auf Ersatz der Defekte eine Masseschuld begründe, gleichviel ob diese vor oder nach Eröffnung des Verfahrens entstanden sei. Diese Ansicht kann aber nicht als richtig angesehen werden, und steht insofern im Widerspruch mit der Entscheidung vom 18. Sept. 1868, als darin gesagt ist, die Verpflichtung zur Rückgabe des Inventars e n t s t e h e erst mit der Beendigung des Pachtverhältnisses.[2])

[1]) V. Hullmann § 52 Bem. 4 S. 198; von Wilmowski ebendas. Bem. 4 S. 171; von Sarwey § 52 Bem. 5 S. 394; von Völderndorff ebendas. Bem. d. Bd. II. S. 527.

[2]) V. Hullmann § 52 Bem. 4 S. 198, 199 und von Sarwey ebendas. Bem. 5 S. 394. Die Entscheidung des pr. Obertribunals billigten von Wilmowski und von Völ-

IV.

Ansprüche aus einer rechtlosen Bereicherung der Masse.

Wenn die Masse ohne Rechtsgrund bereichert worden ist, und desshalb ein Anspruch gegen dieselbe besteht, so ist derselbe nach Nr. 3 als Masseanspruch anzusehen. In einzelnen Fällen hat die K.-O. ausdrücklich die Verpflichtung der Masse festgestellt, die in die Konkursmasse gelangte Gegenleistung, soweit eine Bereicherung vorliegt, herauszugeben, bezw. dafür Ersatz zu gewähren (§§ 6, 31, 38). Aber auch in anderen Fällen, in denen ein Bereicherungsanspruch nach dem bürgerlichen Recht gegen die Masse als solche besteht, muss die Vorschrift des § zur Anwendung kommen. In den Motiven (246) wurden als Beispiele solcher Fälle angeführt: „Die Pflicht zur Erstattung nützlicher Auslagen an den Vindikationsbeklagten, oder zur Erstattung anderer ad promovendam massam gemachter Auslagen“ und wurde sodann weiter bemerkt: „Der Entwurf stellt nur das Prinzip auf: ein fremder Werth muss in die Masse geflossen sein ohne Rechtsgrund — Masseschuld ist daher nicht der Anspruch auf Vergütung der Leistung aus einem gültigen Vertrag, dessen Gegenleistung in Folge des Konkurses unerfüllt bleibt (§ 21, anders § 16 der pr. K.-O.). Und zweitens: in die Konkursmasse; — ist vor der Konkurseröffnung das Vermögen des Gemeinschuldners bereichert worden, so ist der Anspruch, gleich jeder persönlichen Forderung gegen den Gemeinschuldner, Konkursforderung; Masseschuld und daher aus der Konkursmasse vor den Konkursforderungen zu tilgen, wird ein Bereicherungsanspruch nur dadurch, dass das Vermögen, nachdem es für die Gläubiger zu einer Konkursmasse geworden, über den Umfang derselben durch fremdes Gut vermehrt worden ist. Nicht Masseanspruch sondern Konkursforderung ist desshalb der Entschädigungsanspruch in dem Falle, dass eine fremde Sache von dem Gemeinschuldner oder den Vertretern seines Nachlasses verkauft und von ihnen schon vor der Konkurseröffnung der Kaufpreis (§ 38) oder in anderen Fällen eine nicht geschuldete Zahlung erhoben war — oder der Entschädigungsanspruch aus der Anfechtung eines vor der Eröffnung mit dem Gemeinschuldner geschlossenen Vertrags, sofern nicht etwa die Gegenleistung des anderen Theils erst nach der Eröffnung zur Konkursmasse erfüllt ist (§ 31).“ V. auch Bem. 2 zu § 38 und Bem. 1 und 2 zu § 31.[1])

derndorff a. a. O. (s. vorige Anmerkung). Jedoch schliesst sich der letztere der Auffassung des pr. Obertribunals lediglich aus dem Grunde an, weil eine stillschweigende Uebernahme der Schuld durch die Masseverwaltung vorliege.

[1]) Das preuss. Obertribunal entschied am 22. Juni 1871 (Striethorst Bd. 82 Nr. 49 S. 228 ff.), dass die an den Erben des Gemeinschuldners indebite geleistete Zahlung, welche einer Zahlung an den Gemeinschuldner gleichstehe, nur eine Konkursforderung begründe, und am 9. Jan. 1872 (Entscheid. Bd. 66 Nr. 41 S. 299 ff.), dass die Veräusserung einer im Nachlass befindlichen Sache durch das Nachlassgericht und die Einziehung des Erlöses durch dasselbe einen Masseanspruch nicht bewirke, da der Erlös in die Nachlassmasse geflossen sei, es sich also ebenso verhalte, als ob der Gemeinschuldner selbst die Zahlung empfangen hätte.

§ 53.

Sobald sich herausstellt, dass die Konkursmasse zur vollständigen Befriedigung aller Massegläubiger nicht ausreicht, tritt eine verhältnissmässige Befriedigung derselben in der Weise ein, dass zunächst die Masseschulden, dann die Massekosten, von diesen zuerst die baaren Auslagen und zuletzt die dem Gemeinschuldner und dessen Familie bewilligte Unterstützung zu berichtigen sind.

(E.: § 53. M.: 247—250. K.: 49; pr. K.-O. 45.)

1.

In der Regel, d. h. so lange der in § 53 vorgesehene Fall (Bem. 2) nicht vorliegt, kann jeder Massegläubiger, welcher Art auch seine Forderung sei, sobald diese fällig ist, deren Befriedigung vom Konkursverwalter verlangen, und braucht sich nicht gefallen zu lassen, dass er, weil keine Mittel oder noch andere ihm vorgehende Massegläubiger vorhanden seien, damit hingehalten wird. Die Vorschriften, welche für die Konkursgläubiger gelten, sind für die Massegläubiger, welche sich nicht an dem Vertheilungsverfahren zu betheiligen haben, nicht massgebend. „Die Massegläubiger stehen unabhängig von dem Konkursverhältniss und dem Verfahren; auch untereinander treten sie in keinerlei Gemeinschaft. Die einzelnen Massegläubiger stehen nicht anders als einzelne Gläubiger eines Schuldners. Jeder kann selbstständig, und ohne Rücksicht auf den anderen, gegen den Konkursverwalter klagen, Pfändungen erwirken und Verpfändungen erlangen. Die Vorschriften der §§ 10—12 sind nur anwendbar auf die Konkursgläubiger.“ (M.: 248.) In § 45 der pr. K.-O. war dies ausdrücklich ausgesprochen;[1]) die Vorschrift dieses § wurde aber in den Motiven für selbstverständlich erklärt und dessbalb nicht in die K.-O. aufgenommen.

Aus dem hier festgehaltenen Grundsatz folgt auch, dass, wie in den Motiven besonders hervorgehoben und gerechtfertigt wurde, ein Massegläubiger, welcher für seine Forderung befriedigt wurde, auch dann nicht verpflichtet ist, die erhaltene Summe zurückzugeben oder einen anderen Massegläubiger zu entschädigen, wenn sich später herausstellt, dass die Masse nicht zur Befriedigung aller Massegläubiger hinreicht und solche Gläubiger vorhanden sind, welche ihm nach § 53 vorgehen würden. Nur wenn ein Gläubiger bezahlt wurde, nachdem es sich herausgestellt hat, dass die Masse nicht ausreicht, um alle Massegläubiger zufrieden zu stellen, kann er zur Rückzahlung des zuviel Empfangenen angehalten

[1]) § 45 der pr. K.-O. lautet: „Die Ansprüche der Massegläubiger sind unabhängig von dem im Konkurs stattfindenden Anmeldungs- und Vertheilungsverfahren geltend zu machen und zu befriedigen. Die Befriedigung erfolgt, sobald die Ansprüche feststehen und fällig sind.“

werden (Bem. 2). Das Verhältniss ist hier ein anderes, als bei dem Konkursgläubiger, der mehr als seinen Antheil erhalten hat, und als in den Fällen, in welchen bei einem Vertheilungsverfahren bei einer Zwangsvollstreckung eine Mehrzahlung stattgefunden hat. Ein Gemeinschaftsverhältniss, wie es in diesen Fällen vorliegt, besteht zwischen den Massegläubigern nicht. Desshalb kann der Massegläubiger, der aus einer unzureichenden Masse befriedigt wurde, ebensowenig zur Rückzahlung angehalten werden, wie ein Gläubiger, der vor Eintritt der Zahlungsunfähigkeit, oder vor Einleitung der Zwangsvollstreckung u. s. w. vom Schuldner Zahlung erhalten hat. (M.: 247, 248.)

2.

„Nach rechtlicher Konsequenz bewirkt auch die Insuffizienz der Masse für sich keinen „Konkurs der Massegläubiger im Konkurse der Konkursgläubiger." keine Reduktion ihrer Ansprüche nach Massgabe der Konkurrenz, keine Kondiktion des bereits Erhobenen, keine Rangordnung, am wenigsten die für Konkursgläubiger festgesetzte. Aber vom legislativen Standpunkt verbot es sich, die Konsequenzen in das Extrem zu ziehen. Es schwebt immerhin ein gerichtliches Verfahren zur Vertheilung der Masse; vor den Augen des Gerichts darf nicht nach Willkür und Zufall die Masse preisgegeben werden; stellt sich klar heraus, dass die Masse nicht zureicht zur Befriedigung Aller, so darf der Verwalter nicht gezwungen werden, dem schnellsten und heftigsten Gläubiger Alles zu geben und noch weniger geduldet werden, dass der Verwalter nach Gunst dem Einen willfahre, oder dass er vor Allem für sich sorge. Die Gerechtigkeit verlangt, dass die Masse nach gesetzlicher Ordnung vertheilt werde." (M.: 248.) Bezüglich der Frage, mit welchem Moment diese gesetzliche Vertheilung der Masse unter die Massegläubiger eintreten und sonach „eine Rangordnung unter ihnen und mit derselben das Gemeinschaftsverhältniss" begründet sein soll, wurde in den Motiven (249, 250) bemerkt: „Nicht schon mit dem Umstand, dass die ganze Masse geringer ist, als alle Masseansprüche waren und sind, sondern erst dann, wenn eine Insuffizienz thatsächlich hervortritt — sobald sich herausstellt, dass eine noch vorhandene, verfügbare Masse nicht ausreicht, um die noch vorhandenen Massegläubiger zu befriedigen. Dieser Zeitpunkt ist nicht allgemein zu fixiren, aber er wird durch die Erklärung des Verwalters, durch Pfändungen oder durch andere thatsächliche Vorgänge nicht unschwer zu ermitteln sein. Was vorher rechtmässig an Massegläubiger gezahlt, für sie ge- und verpfändet ist, kann nicht zur Masse zurückgebracht werden." Ob es sich in einem bestimmten Augenblick bereits herausgestellt hatte, dass die Konkursmasse zur Befriedigung aller Massegläubiger nicht ausreiche, hat im Falle eines Streits das Konkursgericht zu entscheiden. Wird die Frage bejaht, so tritt damit für die Massegläubiger, welche nach dem in Frage stehenden Zeitpunkt noch Zahlung erhalten hatten, die Verpflichtung ein, das Zuvielerhaltene zurückzuzahlen. Von diesem Zeitpunkt an ist zwischen den Massegläubigern eine Gemeinschaft begründet und müssen die in § 53 aufgestellten Grundsätze bezüglich der Befriedigung derselben massgebend sein. Auch kann

der Konkursverwalter, wenn er den Vorschriften des § zuwidergehandelt hat, persönlich zum Ersatz des dadurch entstandenen Schadens angehalten werden.

3.

Sofern der in der vorigen Bem. erörterte Fall eingetreten ist, hört die Befugniss und Verpflichtung des Konkursverwalters, jeden seine Befriedigung verlangenden Massegläubiger zu bezahlen, auf und hat derselbe die noch vorhandenen Mittel in der Weise zu verwenden, dass:

a. zunächst die vorhandenen Masseschulden,

b. sodann die baaren Auslagen, welche zur Bestreitung der Massekosten erforderlich sind,

c. die übrigen Massekosten bestritten werden und erst, wenn allen diesen Anforderungen genügt ist,

d. der Rest zur Auszahlung der dem Gemeinschuldner und dessen Familie bewilligten Unterstützung verwendet wird.

Bezüglich des Begriffs von „Masseschulden" und „Massekosten" ist auf die Bem. I. zu § 52 zu verweisen. Zur Rechtfertigung dieses Vorrechts der Masseschulden wurde in den Motiven (249) bemerkt: „Schon Eingangs wurden die Masseschulden dahin charakterisirt: sie seien die fremden Bestandtheile, die aus der vorhandenen Masse ausgeschieden werden müssten, um die Nettomasse herzustellen, welche allein den Gegenstand des Verfahrens bilde — während die Massekosten der erforderliche Aufwand seien, um das auf diesen Gegenstand bezügliche Verfahren durchzuführen. Die Massekosten ruhen daher gewissermassen nur auf der Nettomasse und die fremden Ansprüche dürfen nicht dadurch verkürzt werden, dass ein Verfahren zum ausschliesslichen Vortheil der Konkursgläubiger Kosten verursacht. An dieser Stelle kann ohne Gefahr die Analogie benützt werden, dass die Kosten der Liquidation einer Handelsgesellschaft nur den Gesellschaftern, nicht den Gesellschaftsgläubigern zur Last fallen. Den Masseschulden den Vorrang einzuräumen vor den Massekosten, entspricht auch der praktischen Billigkeit, denn das Gesetz ertheilt die Handhabe und die Vorschrift, das Konkursverfahren abzulehnen oder aufzuheben, sobald sich ergibt, dass eine den Kosten des Verfahrens entsprechende Konkursmasse nicht vorhanden sei (§ 99, 190)."

Was das Verhältniss zwischen den baaren Auslagen und den übrigen Massekosten anbelangt, so handelt es sich hier nach den früheren Ausführungen nur um solche Auslagen, welche vom Verwalter bestritten worden sind, denn wenn ein Dritter baare Auslagen gemacht und deren Vergütung zu fordern hat, liegt eine Masseschuld vor. (Bem. I. zu § 52.) In den Motiven (249) wurde zur Begründung der Vorschrift bemerkt: „Unter den einzelnen Arten von Masseschulden verdient keine den Vorzug vor der anderen. Unter den Massekosten aber müssen in erster Reihe die baaren Auslagen des Gerichts, des Verwalters oder anderer Personen berichtigt werden; dies erfordert das allgemeine Prinzip, dass die Vergütung positiven Schadens der Erlangung noch so gerechten Gewinns vorgeht; nach den Auslagen sind die übrigen Kosten, die Gebühren, die Verwaltungsausgaben u. s. w. antheilig zu berichtigen, und allen muss — als eine

Freigebigkeit — nachstehen die dem Gemeinschuldner und dessen Familie bewilligte Unterstützung."

4.

Wenn die Voraussetzungen des § vorliegen, so hat der Konkursverwalter die Massegläubiger nach der im Gesetz vorgeschriebenen Reihenfolge zu befriedigen und, soweit eine bestimmte Klasse nicht vollständig befriedigt werden kann, die Forderungen nach dem Verhältniss ihres Betrags zu berichtigen. Ein besonderes Vertheilungsverfahren ist nicht vorgeschrieben. Auch kann nicht angenommen werden, dass der Gesetzgeber ein solches wollte, weil er sonst besondere Bestimmungen getroffen oder auf die Vorschriften der §§ 137 ff. verwiesen haben würde. Diese §§ sind desshalb nicht analog zur Anwendung zu bringen und bedarf es sonach weder der in § 138 vorgesehenen Genehmigung des Gläubigerausschusses noch einer besonderen, vom Gericht zu genehmigenden, Schlussvertheilung (§ 149).[1])

Achter Titel.

Konkursgläubiger.

(§§ 54—63.)

Vorbemerkungen.

Welche Personen als Konkursgläubiger anzusehen sind, ist in § 2 bestimmt, bei dessen Erläuterung auch die rechtliche Stellung dieser Gläubiger und deren Verhältniss unter einander erörtert worden ist. Im achten Titel wird die Frage, welche Forderungen im Konkursverfahren geltend gemacht werden können, nur noch in § 56 berührt, der gewisse Forderungen vom Konkursverfahren ausschliesst. Im Uebrigen wird die Art und Weise geregelt, in welcher die einzelnen Konkursforderungen zu berücksichtigen sind. Zunächst werden in § 54 die Vorzugsrechte, welche die K.-O. noch beibehalten hat, bestimmt, sodann wird in § 55 das Verhältniss der Nebenforderungen (Kosten, Vertragsstrafen und Zinsen) zur Kapitalsforderung festgesetzt. In § 57 wird die Art der Befriedigung solcher Konkursforderungen geregelt, denen ein Absonderungsrecht zur Seite steht, in den §§ 58—60 die der Forderungen, welche betagt oder bedingt sind. § 61 handelt von der Geltendmachung der Forderungen, für welche mehrere Personen sammtverbindlich haften; die §§ 62 und 63 beschäftigen sich mit den Forderungen, welche nicht auf einen Geldbetrag gerichtet sind oder bei denen es sich um wiederkehrende Hebungen handelt.

[1]) V. auch von Sarwey § 53 Bem. 4 S. 398, 399 und von Völderndorff, ebendas. Bem. e. Bd. I. S. 530, 531. A. M. sind Hullmann (§ 53 Bem. 3 S. 201) und Wengler (ebendas. Bem. 4 S. 369), welche die §§ 137 ff. analog anwenden wollen.

§ 54.

Die Konkursforderungen werden nach folgender Rangordnung, bei gleichem Range nach Verhältniss ihrer Beträge, berichtigt:

1. die für das letzte Jahr vor der Eröffnung des Verfahrens oder dem Ableben des Gemeinschuldners rückständigen Forderungen an Lohn, Kostgeld oder anderen Dienstbezügen der Personen, welche sich dem Gemeinschuldner für dessen Haushalt, Wirthschaftsbetrieb oder Erwerbsgeschäft zu dauerndem Dienste verdungen hatten;
2. die Forderungen der Reichskasse, der Staatskassen und der Gemeinden, sowie der Amts-, Kreis- und Provinzialverbände wegen öffentlicher Abgaben, welche im letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens fällig geworden sind oder nach § 58 als fällig gelten; es macht hierbei keinen Unterschied, ob der Steuererheber die Abgabe bereits vorschussweise zur Kasse entrichtet hat;
3. die Forderungen der Kirchen und Schulen, der öffentlichen Verbände und der öffentlichen, zur Annahme der Versicherung verpflichteten Feuerversicherungsanstalten wegen der nach Gesetz oder Verfassung zu entrichtenden Abgaben und Leistungen aus dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens;
4. die Forderungen der Aerzte, Wundärzte, Apotheker, Hebammen und Krankenpfleger wegen Kur- und Pflegekosten aus dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens, insoweit der Betrag der Forderungen den Betrag der taxmässigen Gebührnisse nicht übersteigt;
5. die Forderungen der Kinder und der Pflegebefohlenen des Gemeinschuldners in Ansehung ihres gesetz-

lich der Verwaltung desselben unterworfenen Vermögens; das Vorrecht steht ihnen nicht zu, wenn die Forderung nicht binnen zwei Jahren nach Beendigung der Vermögensverwaltung gerichtlich geltend gemacht und bis zur Eröffnung des Verfahrens verfolgt worden ist;

6. alle übrigen Konkursforderungen.

(E.: § 54. M.: 250—268. K.: 49—53. 150—152; pr. K.-O. §§ 72—82.)

I.

Allgemeine Bemerkungen.

Bei Aufstellung des Entwurfs war die Auffassung massgebend, dass die Vorrechte, welche den einzelnen Konkursgläubigern zustehen, sowohl für das Konkursverfahren als solches, das dadurch zu verwickelt und schleppend werde, als für die Kreditverhältnisse vom Uebel seien, und die Beseitigung aller Vorrechte das Ziel sein müsse, welches die Gesetzgebung nicht aus den Augen verlieren dürfe. Es wurden desshalb nur einzelne Vorrechte als Ausnahmen von dem allgemeinen Grundsatze der Gleichberechtigung aller Konkursgläubiger aufgestellt.

Zunächst wurden alle allgemeinen Vorzugsrechte, welche sich auf vertragsmässige Einräumung gründen, sodann alle Generalhypotheken beseitigt. Die speziellen Vorzugs-, Pfand- und Hypothekenrechte gehören ohnedies nicht in das Konkursverfahren, bewirken vielmehr die Absonderung der einzelnen verhafteten Gegenstände (§ 3 und §§ 39—45). Es blieb daher nur Raum für eine einzige Klasse von allgemeinen gesetzlichen Vorrechten oder Bevorrechtigungen. „Bei der Konkursmasse kann es lediglich um gesetzliche Generalprivilegien sich handeln. Damit zerfällt der Bau jeder Klassenordnung, es gibt nur eine Klasse begrifflich gleicher Vorzugsrechte, nur einzelne bevorzugte Personalforderungen, mit ihrem Range unter einander.“ (M.: 252.) Die in einer Nr. aufgezählten Forderungen haben den Vorrang vor allen folgenden Nrn., die unter eine und dieselbe Nr. gehörigen Gläubiger konkurriren dagegen mit einander.

2.

Die Vorrechte des § 54 wurden in den Motiven theils mit Rücksicht auf das öffentliche Wohl, theils mit Rücksicht auf die besondere Schutzbedürftigkeit gewisser Gläubiger gerechtfertigt. Auch wurden dort ausführlich die Gründe dargelegt, welche dazu führten, weitere als die aufgestellten Vorrechte, namentlich ein Vorrecht der Ehefrau für ihr Beibringen, ein Vorrecht für die Beerdigungskosten des Gemeinschuldners, für Ersatzansprüche bezüglich des für den Lebensunterhalt des Gemeinschuldners gemachten Aufwands, für Ansprüche wegen Veruntreuung anvertrauter Gelder u. s. w., nicht anzuerkennen. Während im Entwurf zu einer deutschen Gemeinschuldordnung (§§ 61, 62) nur zwei Vorrechte

(für den Liedlohn und die Forderungen der Kinder und Pflegebefohlenen aus einer Veruntreuung ihres Vermögens) beibehalten worden waren, wurde die Zahl derselben durch den Bundesrath auf sieben erhöht. Die Vorrechte zu Gunsten der Reichskasse, der Staatskassen u. s. w., sowie der Kirchen und Schulen wegen der dem Gemeinschuldner zur Last fallenden Defekte aus einer von ihm geführten Kassenverwaltung oder sonstigen Vermögensverwaltung wurden aber von der Justizkommission gestrichen, weil sich die Gläubiger durch Kautionsbestellung sichern könnten (K.: 52).

Aus der Fassung des Abs. 1 geht hervor, dass die Vorrechte an der Forderung haften („Konkursforderungen"), also auch dann geltend gemacht werden können, wenn die Forderung auf eine andere Person übertragen wurde, die zu keiner der im § aufgezählten Klassen gehört.[1]) Auch muss die einfache Uebertragung der Forderung genügen, um den Cessionar zur Geltendmachung des Vorrechts zu berechtigen, so dass es einer besonderen Uebertragung dieses letzteren nicht bedarf.

II.

Vorrecht für Dienstlohn u. s. w.

(Nr. 1.)

1.

Während nach § 19 die Forderungen der im § aufgezählten Personen für die Zeit nach der Konkurseröffnung, solange das Dienstverhältniss fortgesetzt wird, einen Masseanspruch bilden (Bem. 4 zu § 19), kommt denselben nach § 54 Nr. 1 für das letzte Jahr vor der Eröffnung des Verfahrens und wenn der Gemeinschuldner vor derselben gestorben ist, für ein Jahr vor dessen Todestag an zurückgerechnet, ein Vorrecht zu und haben dieselben hienach Anspruch auf Befriedigung vor allen anderen Konkursgläubigern. Für die Geltendmachung dieses Vorrechtes ist es gleichgültig, ob das Dienstverhältniss zur Zeit der Konkurseröffnung, bezw. des Todes des Gemeinschuldners, noch bestanden hat oder nicht. Es kann jedoch derjenige Theil der Forderung, der aus einer früheren als der im § festgesetzten Zeit stammt, nicht berücksichtigt werden. Dass im Falle des Todes des Gemeinschuldners das Vorrecht auch für denjenigen Dienstlohn u. s. w. besteht, der in der Zeit zwischen dem Todestag und der Konkurseröffnung erworben wurde, ist unzweifelhaft. Es sollte für den Fall des Todes des Dienstherrn lediglich die Frist erweitert werden, „damit das Vorrecht nicht durch ein längere Regulirung des Nachlasses verloren gehe" (M.: 268) und besteht kein Grund, warum das Vorrecht für die Zeit nach dem Tod des Gemeinschuldners nicht bestehen soll.[2]) Den Zeitraum eines Jahres nach dem Vorgang

[1]) V. von Völderndorff § 54 Bem. a Bd. I. S. 535. A. M. ist Hullmann, der (ebendas. Bem. 3 S. 203) die Ansicht aufstellt, die K.-O. habe die Frage absichtlich unentschieden gelassen, wesshalb die Entscheidung aus dem Landesrechte zu entnehmen sei. Diese Ansicht kann aber nicht als richtig angesehen werden.

[2]) V. auch Hullmann § 54 Bem. 6 S. 205; von Sarwey ebendas. Bem. 4 S. 405 Wengler ebendas. B. 1 d. S. 381; von Völderndorff § 54 ad 1 Bem. III. Bd. I. S. 540 ff.

der pr. K.-O. (§ 77) weiter auszudehnen, falls von dem Berechtigten bereits der Weg der Klage beschritten worden war, wurde für überflüssig gehalten (M.: 268).

2.

Bezüglich der Frage, welchen Personen ein Vorzugsrecht zukommt, bezw. welcher Art das Dienstverhältniss gewesen sein muss, damit § 54 Anwendung findet, ist auf die Bem. 1—3 zu § 19 zu verweisen, welche auch hier zutreffen. Hienach ist das Vorzugsrecht der Nr. 1 auch dann begründet, wenn die in Frage stehenden Dienstleistungen an die Person des Gemeinschuldners geknüpft sind und dem Konkursverwalter gar nicht geleistet werden können. Der Wortlaut ist in beiden §§ derselbe. Ausserdem muss, wenn der Konkursverwalter verpflichtet ist, das Dienstverhältniss bis zum Ablauf der Kündigungsfrist fortzusetzen (Bem. 2 zu § 19), um so mehr angenommen werden, dass wegen der früher geleisteten Dienste ein Vorrecht begründet ist.[1] In den Motiven (266) wurde bezüglich der Beschaffenheit des Dienstverhältnisses noch bemerkt: „Das Gesetz stellt als Erforderniss auf, dass ein Dienstvertrag geschlossen war, durch welchen der Liquidant sich, d. h. seine Erwerbsfähigkeit ausschliesslich oder doch hauptsächlich dem Gemeinschuldner zu dauerndem Dienste — jedoch nicht in dem begrenzten Sinne des § 4 Nr. 4 des Gesetzes betr. die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohnes vom 21. Juni 1869 v. M. zu § 19 — auf einen längeren Zeitraum oder auf Kündigung verdungen hatte. Meistens wird mit solchen Dienstverhältnissen eine persönliche Botmässigkeit unter den Gemeinschuldner bedingt sein; dies ist aber nicht Erforderniss, auch Gesellen, Meister, Fabrikarbeiter, Handlungsgehülfen, Wirthschaftsbeamte, Förster, Schreiber, Sekretäre u. s. w. können solche „ständige Bedienste" sein; ein Unterschied zwischen operae liberales und illiberales kann heutzutage nicht gemacht werden. Ebensowenig ist es erforderlich, dass der Betreffende Wohnung und Kost im Hause des Dienstherrn zu beanspruchen, oder dass er für seine Dienste eine Pauschsumme zu erhalten hatte; die Dienstvergütung kann auch nach Stückarbeit, oder Antheilen am Gewinn, oder in anderer Weise bedungen sein. Das Vorrecht können dagegen nicht geniessen Personen, welche dem Gemeinschuldner nur einzelne oder nur einmalige Leistungen verdingen, wenngleich sie ihm solche häufig oder regelmässig verrichten und, so oft es geschieht, Kost oder Wohnung von ihm erhalten, nicht

[1] Von Sarwey hat zwar bei § 54 (Bem. 5 S. 405 ff.) seine Ansicht, dass solche Dienstleistungen, welche lediglich an die Person des Gemeinschuldners geknüpft seien, nicht die in den §§ 19 und 54 festgesetzten Rechte gewährten und auch heute noch die Motive zu § 19 massgebend seien, Hullmann gegenüber ausführlich vertheidigt. Die von demselben vorgebrachten Gründe können aber nicht als durchschlagend angesehen werden. Im Gegensatz zur Auffassung von Sarwey muss daran festgehalten werden, dass der Antrag von Websky nicht durch die Annahme des Antrags der Redaktionskommission beseitigt worden ist, sondern dass die Redaktionskommission dem angenommenen Grundsatz nur in anderer Weise Ausdruck gegeben hat. Gegenüber den Ausführungen von Sarwey hat auch Hullmann (§ 54 Bem. 4 S. 204 ff.) an seiner Auffassung festgehalten und dieselbe noch weiter begründet.

also Tagelöhner, Lohndiener, Näherinnen u. s. w. Durch diese Begrenzung glaubt der Entwurf die richtige Praxis des gemeinen, französischen und preussischen Rechts aufrecht zu erhalten.“ [1])

3.

Dass das Vorzugsrecht der Nr. 1 nicht auf den eigentlichen, in baarem Geld bezahlten, Dienstlohn beschränkt ist, wurde in den Motiven (266, 267) in folgender Weise gerechtfertigt: „Das geltende Recht stimmt grösstentheils überein und verlangt Bestätigung darin, dass allen Arten der vertragsmässigen Dienstvergütung das Vorrecht gebührt, nicht bloss dem Lohn, Honorar, Gehalt, sondern auch den anderen Dienstbezügen, wie: Kostgeld, Diäten, Livrée, Stamm- und Schiessgeld, Tantième, Deputat, Naturalbezügen und dergleichen; auch den Weihnachtsgeschenken, wenn sie als Theil der Dienstvergütung bedungen wurden. Andere aus dem Dienstverhältniss nur mittelbar entspringende Forderungen, welche nicht die Natur von Dienstbezügen haben, wie namentlich Schadensansprüche, bedürfen des Vorrechts nicht. Insbesondere kann die Schadensforderung wegen einer zufolge der Konkurseröffnung vorzeitig erfolgten Aufhebung des Dienstvertrags nicht bevorzugt werden; sie braucht es um so weniger, als die K.-O. (§ 19) durch die Aufkündigungsfrist den im Dienst Befindlichen schützt.“

III.

Vorrecht wegen öffentlicher Abgaben.

(Nr. 2.)

Die Nr. 3 bezieht sich auf öffentliche Abgaben jeder Art, seien sie direkte oder indirekte, gestundet oder nicht gestundet, regelmässig widerkehrend oder nicht, dagegen nicht auf andere Forderungen der Staatskassen u. s. w., insbesondere nicht auf Ansprüche wegen Gerichtskosten oder Gebühren. „In dem Verhältnisse zu seinen Lieferanten oder Kontrahenten befindet sich der Fiskus in keiner ungünstigeren Lage wie jeder Kreditgeber. Umgekehrt, der Fiskus kann mehr als ein Privatmann, ohne anzustossen und ohne das Geschäft zu vereiteln, Deckung durch Kaution, Pfand oder Bürgen suchen, und ist ohnehin gesichert durch Pfandrecht oder Pfandrechtstitel, deren Bestand die K.-O. in Ansehung der Immobilien des Schuldners unberührt lässt. Für Gerichtskosten

[1]) Diese Bemerkungen sprechen, wie Hullmann hervorhebt, gleichfalls für die Ansicht, dass auch solchen Personen, deren Dienstleistungen an die Person des Gemeinschuldners geknüpft sind, ein Vorzugsrecht zusteht. In § 77 der pr. K.-O. werden die Erzieher ausdrücklich zu den Personen gerechnet, denen ein Vorzugsrecht zukommt und bezüglich des gemeinen und französischen Rechts wird der Umstand, dass auch Erzieher, Hauslehrer u. s. w. hierher gehören, gerade von den Schriftstellern (Günther S. 69, Zachariä § 260) bezeugt, auf welche in den Motiven verwiesen wird. In der That ist auch nicht erfindlich, warum solche Personen hier ausgeschlossen sein sollen, während es sich wohl erklären lässt, dass man bei Aufstellung des Entwurfs den Konkursverwalter nicht zur Fortsetzung derartiger Dienstverträge nöthigen wollte.

und die Gebühren anderer Behörden, wo nicht auch für seine anderen Forderungen, steht dem Fiskus zudem in dem Rechte der sofortigen gerichtlichen oder verwaltungsmässigen Zwangsvollstreckung ein aussergewöhnliches Hülfsmittel zu Gebote, für Kosten meist auch in dem Rechte auf vorschussweise Einziehung von dem Gegner des Schuldners. Kein Privilegium des Fiskus ist aber so drückend, wie das wegen der Kosten; oft ist der grösste Theil unzureichender Massen durch unbekannte Kostenreste erschöpft worden.“ (M.: 255, 256.)

Nach § 2 können nur solche Forderungen wegen öffentlicher Abgaben in Betracht kommen, welche zur Zeit der Konkurseröffnung bereits bestehen. Es ist mit Rücksicht darauf, dass manche Abgaben, obgleich die Verpflichtung zu deren Entrichtung bereits existirt, noch nicht beigetrieben werden können, ausdrücklich bestimmt, dass deren Fälligkeit nicht vorausgesetzt wird. „Beispielsweise wird nach § 5 des Zollvereinsgesetzes vom 26. Mai 1868 (B. G.-Bl. S. 319) die von dem Inhaber eines mit Tabak bepflanzten Grundstücks zu entrichtende Steuer existent mit der im August jeden Jahres erfolgenden Feststellung des Steuerbetrags, fällig aber erst nach der Ernte, zur einen Hälfte im Dezember desselben, zur anderen Hälfte im April des folgenden Jahres. Aehnlich verhält es sich mit der Maischsteuer, der Rübenzuckersteuer u. s. w. Wenn also ein Brennereibesitzer, Rübenzuckerfabrikant, Tabakspflanzer u. s. w. in Konkurs geräth, so werden regelmässig indirekte Steuern zu fordern sein, deren Beitreibung vor der Konkurseröffnung noch nicht möglich war. Die Bevorzugung solcher Rückstände ist sowohl für die Staatsverwaltung als für den öffentlichen Verkehr nothwendig.“ (M.: 254, 255.) Wird das Vorrecht wegen einer noch nicht fälligen Forderung geltend gemacht, so sind nach § 58 Abs. 2 Zwischenzinsen in Abzug zu bringen. [1]) Der Schlusssatz der Nr. 2 stammt aus der pr. K.-O. (§ 73) und soll die Annahme ausschliessen, dass das Vorrecht verloren gehe, wenn der Steuererheber die Steuer aus seinen Mitteln der Staatskasse vorgeschossen hat (K.: 50). In den Motiven zur pr. K.-O. war bemerkt: „Muss der Steuererheber die Restanten vorschussweise zur Kasse entrichten, so ist dies nur eine vorläufige Deckung der Kasse, durch welche in der Person des Berechtigten dem Steuerpflichtigen gegenüber nichts geändert wird.“

Den Forderungen der Reichskasse und der Staatskassen sind die Forderungen „der Gemeinden, Kreise und ähnlichen politischen Verbände gleichgestellt und zwar sowohl in der Bewilligung des Vorrechts für die öffentlichen Abgaben, als in der Beseitigung jedes anderen Vorrechts.“ (M.: 256.) Auch Bezirks- und Distrikts-Verbände gehören hierher.

[1]) V. Hullmann § 54 Bem. 7. S. 206. Von Völderndorff glaubt zwar, dass § 58 Abs. 2 nicht zur Anwendung komme, weil das Gesetz diesen Absatz nicht erwähne, sondern ausdrücklich die sofortige Fälligkeit für diesen Fall fingire. Dieser Auffassung kann aber nicht beigetreten werden. In § 54 wird lediglich auf die Vorschrift des § 58 verwiesen, welche auch ohne diese Verweisung zur Anwendung kommen müsste. Es ist also die Anwendung des § 58 Abs. 2, welcher allgemeine Geltung hat, nicht ausgeschlossen.

IV.
Forderungen der Kirchen und Schulen, sowie der öffentlichen Verbände und Feuerversicherungs-Anstalten.
(Nr. 3.)

1.

Gleich den Staatskassen, sowie den Gemeinden und politischen Verbänden kommt nach Nr. 3 den Kirchen, Schulen und anderen öffentlichen Verbänden, wegen der an sie zu entrichtenden Abgaben und Leistungen aus dem letzten Jahre vor der Konkurseröffnung ein Vorrecht zu. Soweit es sich um die Kirchen handelt, ist das Vorrecht nicht auf die christlichen Kirchen beschränkt, sondern es kann auch eine jüdische Religionsgemeinschaft Anspruch auf das Vorrecht haben, wenn sie nach dem öffentlichen Recht des betreffenden Staats als „Kirche" anzusehen ist. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn der kirchliche Verband, um welchen es sich handelt, die Eigenschaft einer öffentlichen Korporation zukommt. Religiöse Privatgesellschaften sind nicht als „Kirchen" im Sinne des § anzusehen.[1]) Ebenso kommt das Vorrecht nur öffentlichen Schulen oder Schulverbänden, nicht Privatschulen, zu. Dies ergibt sich aus der Zusammenstellung mit den Kirchen und öffentlichen Verbänden, wie aus dem Grunde des Gesetzes, als welcher in den Motiven (256) „das öffentliche Interesse" bezeichnet wurde. Auch gibt es bei Privatschulen keine Abgaben, welche „nach Gesetz oder Verfassung" zu entrichten sind (v. auch Bem. 2). Zu den „öffentlichen Verbänden" gehören nur solche Verbindungen und Genossenschaften, welche kraft öffentlichen Rechts existiren, und welche solche Zwecke verfolgen, die auch der Staat in den Kreis seiner Thätigkeit gezogen hat, und für welche desshalb auch Abgaben und Leistungen auf Grund des öffentlichen Rechts zwangsweise erhoben werden dürfen. Es gehören hierher beispielsweise: Verbände, denen die Gewährung öffentlicher Armenunterstützung obliegt, Deich-, Wege- und Meliorationsverbände, Uferschutzgenossenschaften, staatlich organisirte Handels- und Gewerbekammern, nicht aber privatrechtliche Vereine und Genossenschaften, auch wenn sie die Eigenschaft einer juristischen Person erlangt haben, wie z. B. Privatwohlthätigkeitsvereine, Verschönerungsvereine, Kunstvereine, Kreditgenossenschaften. Auch Synagogenvereine werden hierher gehören, sofern sie nicht als „Kirchen" anzusehen sind. Die „Amts-, Kreis- und Provinzialverbände" sind unzweifelhaft auch „öffentliche Verbände", gehören aber nicht hierher, weil sie, als „politische Verbände", den Staatskassen gleichgestellt sind.

Den öffentlichen Feuerversicherungsgesellschaften sollte nach dem Entwurf in allgemeiner Weise ein Vorrecht zukommen. Von der Reichstagskommission wurde jedoch dieses Vorrecht anfangs ganz beseitigt und dann an die Bedingung geknüpft, dass dieselben zur Annahme der in Frage stehenden Versicherung ver-

[1]) V. von Sarwey § 54 Bem. 10 S. 410. Das preussische Obertribunal hat durch Erkenntniss vom 4. Juli 1871 (Entscheid. Bd. 65 Nr. 53 S. 448) den israelitischen Synagogengemeinden die Eigenschaft der Kirche abgesprochen, welche Entscheidung von Wilmowski (§ 54 Bem. 8 S. 177) billigt, während dieselbe von Hullmann (ebendaselbst Bem. 9 S. 206) bekämpft wird.

pflichtet waren. (K.: 49—52, 150—152.) Ob diese Verpflichtung auf dem Gesetz oder auf den Statuten beruht, ist gleichgültig. Ebenso kommt nichts darauf an, ob der Verpflichtung der Gesellsehaft auch ein Versicherungszwang bezüglich der Versicherten entspricht. Das Vorrecht kommt allen Feuerversicherungsgesellschaften der fraglichen Art zu, gleichviel ob es sich um bewegliche oder unbewegliche Sachen handelt, nicht aber anderen, z. B. Hagelversicherungsgesellschaften.

2.

Hinsichtlich der Beschaffenheit der Abgaben und Leistungen, für welche das Vorrecht beansprucht werden kann, wurde in den Motiven (256) bemerkt: „Es ist gerechtfertigt, das Vorrecht auf die öffentlichen Abgaben zu beschränken, auf solche Abgaben, welche nach Gesetz oder Verfassung an Kirchen und Schulen entrichtet werden müssen, und es nicht auf andere Forderungen von Pfarreien, Geistlichen, Schulbedienten oder auf Forderungen von Privatschulen auszudehnen. Derselbe Gesichtspunkt wie bei den öffentlichen Schulen waltet in Betreff der öffentlichen Feuerversicherungsgesellschaften und Verbände ob.“ Unter der „Verfassung“ sind die Statuten des Verbandes u. s. w. zu verstehen. Es macht aber keinen Unterschied, ob die Verpflichtung zur Entrichtung der Abgaben oder zu den sonstigen Leistungen unmittelbar auf dem Statut oder auf den Beschlüssen der hienach zuständigen Organe beruht. Ob die Leistungspflicht alle Mitglieder des Verbands in gleicher Weise trifft, ist einerlei, ebenso ob die Leistung unmittelbar dem Verband gegenüber oder statt dessen an einen Beamten zu entrichten ist, dem die Abgaben als Besoldungstheil zugewiesen sind. Immer wird aber vorausgesetzt, dass die Kirche oder Schule bezw. der Verband als der eigentliche Bezugsberechtigte anzusehen ist. Desshalb sind die Stolgebühren der Geistlichen u. s. w. nicht durch das Vorrecht geschützt. [1])

V.

Vorrecht der Aerzte, Wundärzte, Apotheker u. s. w.

(Nr. 4.)

Das in Nr. 4 eingeräumte Vorrecht wurde in den Motiven (257) dadurch begründet, dass Sitte und Menschlichkeit den zu Hülfe von Kranken gerufenen Personen verböten, ihre Hülfe davon abhängig zu machen, ob der Kranke dieselbe sofort zu vergüten, oder sicherzustellen vermöge, und zudem Jedermann wisse, dass in einer Haushaltung hin und wieder Krankheiten eintreten, und Aufwendungen veranlassten, das Vorrecht sonach auch erkennbar sei. Augenärzte, Geburtshelfer und Zahnärzte sind jedenfalls als Aerzte anzusehen. Auch die Thierärzte, welche in der Gewerbe-Ordnung (§ 29) gleichfalls zu den Aerzten gerechnet werden, gehören hierher, da sie ebenfalls Forderungen für Kur- und Pflegekosten haben können, und der Grund des Gesetzes auch bei ihnen zutrifft. [2])

In allen Fällen wird übrigens vorausgesetzt, dass der in Frage stehende Arzt zur Ausübung der ärztlichen Praxis berechtigt ist. Kurpfuschern kommt

[1]) V. von Sarwey § 54 Bem. 15 S. 413. A. M. ist bezüglich der Stolgebühren Hullmann ebendas. Bem. 12 S. 207.

[2]) Von Völderndorff § 54 ad 4 1. Bd. I. 546.

das Vorrecht nicht zu. Von den Apothekern gilt dasselbe wie von den Aerzten. Was die Krankenpfleger anbelangt, so wird das Vorrecht nur solchen Personen zustehen, die aus der Krankenpflege ein Gewerbe machen oder sich wenigstens gewohnheitsmässig mit derselben beschäftigen.[1]) Auch den Forderungen von Krankenhäusern und anderen Anstalten (Diakonissenhäusern u. s. w.), welche regelmässig Kranke zum Zweck der Pflege aufnehmen, können hienach das Vorrecht beanspruchen.

Was die Beschaffenheit der Forderungen anbelangt, so gilt das Vorrecht nur für Kur- und Pflegekosten, welche in dem letzten Jahre, von der Konkurseröffnung rückwärts gerechnet, erwachsen sind. Zu diesen gehören unzweifelhaft auch die Kosten für die Verpflegung des Kranken, welche einem Arzte, der Kranke in sein Haus aufnimmt (z. B. dem Inhaber einer „Augenklinik"), entstanden sind, nicht aber die Forderungen des Zahnarztes für künstliche Zähne, des Augenarztes für ein eingesetztes Auge u. s. w.[2])

Das Erforderniss des gemeinen und französischen Rechts, nach welchen nur die Kosten der letzten Krankheit, an welcher der Gemeinschuldner gestorben ist, in Betracht kommen, hat schon die preussische Konkurs-Ordnung (§ 76) beseitigt, und das Vorrecht auf alle den Aerzten u. s. w. „gegen den Gemeinschuldner zustehenden Forderungen wegen ihrer Gebührnisse" ausgedehnt. Auf denselben Standpunkt hat sich die K.-O. gestellt. Dass es der Gemeinschuldner selbst war, der sich in Kur oder Pflege befand, ist nicht nothwendig. Das Vorrecht ist vielmehr auch dann begründet, wenn die Kosten durch die Erkrankung eines Familienangehörigen, Dienstboten u. s. w. entstanden sind. Hiebei wird natürlich vorausgesetzt, dass wegen dieser Kosten eine Forderung gegen den Gemeinschuldner zusteht. Die Forderung braucht aber nicht in der gesetzlichen Verpflichtung des Gemeinschuldners, für den Unterhalt der erkrankten Person zu sorgen, ihren Grund zu haben. Vielmehr muss das Vorrecht auch dann Platz greifen, wenn der Gemeinschuldner, ohne dass er gesetzlich hiezu verpflichtet ist, einen Arzt mit der Behandlung beauftragt, bezw. Arzneien bezogen oder einen Krankenpfleger bestellt hat.[3]) Sofern für die in Frage kommenden Gebühren eine besondere Taxe besteht, kann das Vorrecht insoweit nicht in Anspruch genommen werden, als die Forderung diese Taxe übersteigt. Besteht eine Taxe nicht, so ist die Geltendmachung des Vorrechts nicht etwa ausgeschlossen. Es ist vielmehr, wenn die Höhe der Forderung bestritten wird, eine gerichtliche Festsetzung erforderlich, welche in der Regel auf Grund eines Sachverständigengutachtens erfolgen wird.[4])

[1]) V. von Völderndorff a. a. O.

[2]) Von Völderndorff Bem. II. Bd. II.

[3]) So auch von Sarwey § 54 Bem. 17 S. 414; von Völderndorff ebendas. ad 4 II. Bd. I. S. 547. A. M. ist Hullmann (Bem. 13 S. 207), welcher das Vorrecht nur für Forderungen „in Ansehung solcher Personen gewähren will, welchen der Gemeinschuldner Unterhalt und Behandlung in Krankheitsfällen zu gewähren hatte."

[4]) V. von Sarwey a. a. O. Von Völderndorff (a. a. O. S. 549) ist der Ansicht, „dass nur diejenigen Gebühren in die vierte Klasse fallen, für welche eine Taxe

VI.
Vorrecht der Kinder und Pflegebefohlenen.
(Nr. 5.)
1.

Das in der fünften Klasse zugelassene Vorrecht der Kinder und Mündel wurde in den Motiven (263 ff.) damit begründet, dass deren Vermögen ohne jedes Zuthun derselben in die Hände der Eltern oder des Vormundes gelange, das Gesetz aber eine gute Verwaltung nicht ausreichend zu sichern im Stande sei und daher durch ein gesetzliches Vorrecht besonderen Schutz gewähren müsse. Zu den „Pflegbefohlenen" gehören sowohl die unter Vormundschaft als die unter Kuratel stehenden Personen, insofern dem Kurator die Verwaltung des Vermögens übertragen ist, und es kommt nichts darauf an, ob die Kuratel in der Minderjährigkeit, oder in Geistesschwäche, oder Verschwendung, oder in der Abwesenheit des Pflegebefohlenen ihren Grund hat. Den Kindern steht das Vorrecht zu, ob sie ehelich oder unehelich erzeugt sind, und ebenso kommt dasselbe auch den Adoptivkindern zu. Stiefkinder sind nicht Kinder im Sinne des Gesetzes, können sonach nur dann ein Vorrecht beanspruchen, wenn sie als Pflegbefohlene anzusehen sind. [1]) In allen Fällen wird vorausgesetzt, dass das Vermögen der Kinder nach dem Gesetze der Verwaltung des Vaters bezw. der Mutter unterworfen war. „Die K.-O. erkennt das Vorrecht ausschliesslich an in Betreff solchen Vermögens, dessen Verwaltung der Gemeinschuldner kraft des Gesetzes in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter des Verfügungsunfähigen oder als gesetzlicher Nutzungsberechtigter zu führen hatte. Danach soll es Platz greifen gegen jeden staatlich bestellten Vormund, gegen Tutoren und Kuratoren, mögen sie lediglich ernannt, oder erwählt, oder letztwillig berufen, mögen sie der Aufsicht eines Organs unterworfen oder von ihr befreit sein; es soll Platz greifen gegen die Eltern, insoweit sie den Niessbrauch oder an Stelle eines Vormundes die Verwaltung des Vermögens der Kinder von Rechtswegen haben. Nicht dagegen, sofern der Gemeinschuldner die Verwaltung sich angemasst hat. Die Fälle, dass namentlich der Vater eine ihm rechtlich nicht zustehende Verwaltung übernommen, sei es, dass die Anzeige von der Nothwendigkeit einer einleitenden Kuratel unterblieben, oder dass aus Willkür des Kurators oder aus Versehen dem Vater das Vermögen überlassen ist, sind zwar nicht selten, in diesen Fällen liegt aber für ein gesetzliches Vorrecht kein Anlass vor; denn wo nicht das Gesetz der Grund ist für die Verwaltung, braucht es nicht einzutreten für ihre ordnungsmässige Führung. Gleiches gilt für die Fälle, dass aus freien Stücken die Verwaltung dem Gemeinschuldner anvertraut war, dass insbesondere ein

besteht." Diese Ansicht findet aber einen Halt weder in dem Wortlaut noch in dem Grund des Gesetzes, durch welches die Masse lediglich gegen Uebervortheilung geschützt werden soll. V. auch Goltdammer zu § 76 pr. K.-O. S. 184; Wentzel und Klose ebendas. S. 168.

[1]) V. Goltdammer pr. K.-O. § 80 A. V. S. 194 und von Sarwey Bem. 19 3 b. S. 417 ff. 419. A. M. ist von Völderndorff (ad 5 I. Bd. I. S. 549 und 551).

grossjähriges Hauskind freies Vermögen dem Vater freiwillig anvertraut, oder ein Testator oder Schenker dem Vater die Nutzniessung oder Verwaltung, welche ihm ohne solche Verfügung nicht zustehen würde, bestimmt hatte". (M.: 264, 265.) In welcher Weise das dem Kind gehörige Vermögen in die Verwaltung des Vaters gelangte, und welche Verwaltungshandlungen dieser vornahm, ist, wenn das Vermögen nach dem Gesetze der Verwaltung des Vaters unterworfen ist, einerlei.[1]) Es steht hienach den Kindern, wenn der Vater nach dem Tod der Mutter deren Vermögen noch in der Hand behielt, ein Vorrecht zu, obgleich die Ehefrau selbst ein solches nicht hätte beanspruchen können (K.: 52, 53). Auch wegen Forderungen an den Gemeinschuldner, welche kraft Erbrechts auf dessen Kinder oder Pflegebefohlene übergegangen sind, steht denselben ein Vorrecht zu.[2]) Nach der pr. K.-O. sollte das Vorrecht wegen des in die Verwaltung des Vaters „gekommenen" Vermögens stattfinden. Diese Fassung wurde aber, weil sie zu Missverständnissen Veranlassung gab, durch die jetzige ersetzt. Steht dem Vater gesetzlich gar kein Recht auf die Verwaltung zu, so können die Kinder, wenn ihm dieselbe zufolge eines Versehens dennoch übertragen wurde, kein Vorrecht beanspruchen.[3])

2.

„Die K.-O. schliesst das Vorrecht aus, sofern die Forderung nicht innerhalb zweier Jahre nach dem Ende der Vermögensverwaltung im Konkursverfahren oder vorher gerichtlich geltend gemacht und bis zur Konkurseröffnung ununterbrochen verfolgt worden ist. Wenn der Zeitpunkt eingetreten, zu dem der Vater oder Vormund das Vermögen herauszugeben schuldig ist, und das Kind oder der gewesene Pflegbefohlene eine längere Frist verstreichen lässt, ehe er sein Recht auf Herausgabe gerichtlich geltend macht, so kreditiren sie dem Vater oder Vormund und dürfen nicht anders behandelt werden, als die übrigen Gläubiger des Gemeinschuldners." (M.: 265.) Dass das Vorrecht „ununterbrochen" verfolgt sein muss, ist im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt, während dies in der pr. K.-O. (§ 81) geschehen war. Der Verlust des Vorrechts wird hienach nicht wegen jeder Unterbrechung oder Aussetzung des Verfahrens und wegen jeder Verzögerung im Prozessbetrieb eintreten, sondern nur dann, wenn ohne genügende Veranlassung der Betrieb des Prozesses unterlassen wurde. Selbst eine förmliche Vereinbarung, dass das Verfahren ruhen solle (§ 228 C.-P.-O.), kann derart gerechtfertigt sein, dass daraus die Annahme, es habe eine Verfolgung des Prozesses nicht stattgefunden, nicht abgeleitet werden kann.

[1]) Das preuss. Obertribunal hat am 29. Okt. 1857 (Striethorst Bd. 26 Nr. 53 S. 318, Entscheid. Bd. 38 Nr. 60 S. 402) erkannt, dass dem Sohn ein Vorrecht im Konkurs des Vaters dann zusteht, wenn dieser bei einer Erbtheilung seinem Gläubiger, dem Miterben seines Sohnes, den diesem zugefallenen Erbschaftsantheil überlassen hat.

[2]) V. Erk. des preuss. Obertribunals vom 4. Mai 1865 (Striethorst Bd. 63 Nr. 6 S. 18, Entscheid. Bd. 55 Nr. 37 S. 268).

[3]) So entschied auch das preuss. Obertribunal am 19. Juni 1860 (Striethorst Bd. 38 Nr. 14 S. 54).

§ 55.

Mit der Kapitalsforderung werden an derselben Stelle angesetzt:

1. die Kosten, welche dem Gläubiger vor der Eröffnung des Verfahrens erwachsen sind;
2. die Vertragsstrafen;
3. die bis zur Eröffnung des Verfahrens aufgelaufenen Zinsen.

(E. §§ 55. M.: 268—270. K.: 53; pr. K.-O. §§ 83.)

Nach § 55 werden mit den Kapitalforderungen, sie mögen bevorzugt sein oder nicht, die dazu gehörigen Nebenforderungen berücksichtigt; diese theilen also den Rang der Hauptforderung. Wegen der einzelnen im § aufgezählten Nebenforderungen ist Folgendes zu bemerken:

1. Den Rang der Hauptforderung haben zunächst die Kosten, welche vor der Konkurseröffnung durch die Einklagung oder einen anderweitigen Versuch der Beitreibung dieser Forderung entstanden, gleichviel ob dieselben als gerichtliche oder aussergerichtliche Kosten anzusehen sind. Nach der pr. K.-O. wurden die Kosten nur dann berücksichtigt, wenn dieselben dem Gemeinschuldner bereits durch rechtskräftiges Urtheil zur Last gelegt waren; [1]) diese Beschränkung ist aber nicht in die K.-O. übergegangen. „Der Gläubiger muss berechtigt sein, die ihm schon entstandenen Prozesskosten, auch wenn über deren Erstattung noch nicht endgültig entschieden worden, mit der Forderung anzumelden und im Falle sie streitig bleiben, ihre Feststellung durch Aufnahme des Prozesses (§ 134) zu betreiben.“ (M.: 270; v. auch Bem. IV. 2 zu § 2.) Die Forderungen, welche den Gläubigern durch ihre Theilnahme am Verfahren erwachsen, würden schon desshalb nicht in Betracht kommen, weil sie nicht vor der Konkurseröffnung entstanden. Sie sind aber auch durch § 56 Nr. 2 ausdrücklich ausgeschlossen worden. Will der Gläubiger einen anhängigen Prozess lediglich gegen den Gemeinschuldner fortsetzen und demnach auf eine Theilnahme an dem Konkursverfahren verzichten (Bem. I. 1 zu §§ 8 ff.), so kann er natürlich auch den Ersatz seiner Kosten nicht im Konkursverfahren verlangen. (M.: 269.)

2. „Eine Konventionalstrafe (clause pénale) vertritt überall die Entschädigung für die Nichterfüllung der Forderung und muss daher die Stelle derselben finden.“ (M.: 269.) Dabei kommt nichts darauf an, ob die Vertragsstrafe schon bei Abschluss des Hauptvertrags oder nach demselben bedungen wurde, und ob die Strafe bereits verfallen ist oder nicht. Beruht der gegen den Gemeinschuldner wegen Nichterfüllung einer Verpflichtung bestehende Anspruch nicht auf einem Vertrag, sondern auf einem richterlichen Urtheil, oder auf einer

[1]) V. Erk. des pr. Obertribunals vom 15. Juni 1858 (Striethorst Bd. 28 Nr. 66 S. 330 ff.; Entscheid. Bd. 40 Nr. 54 S. 384).

letztwilligen Verfügung, so kommt § 55 nicht zur Anwendung, sondern liegt eine selbstständige Forderung vor.[1])

3. Die bis zur Eröffnung des Verfahrens aufgelaufenen Zinsen werden als Theil der Hauptforderung angesehen, und theilen desshalb deren Rang, gleichviel ob sie kraft Vertrages oder kraft Gesetzes verlangt werden und ohne Rücksicht auf die Höhe des Zinssatzes und auf den Zeitraum des Rückstandes (M.: 269). Selbstverständlich wird aber vorausgesetzt, dass die Forderung bezüglich der Zinsen zu Recht besteht. Ist landesgesetzlich die Höhe des Zinsfusses beschränkt, wie es in Elsass-Lothringen der Fall ist, so kann das nach dem Gesetz unwirksame Zinsversprechen auch im Konkurs nicht geltend gemacht werden. Ebenso hat auch hier die Zinsverjährung ihre Kraft. Der Verfalltag der Zinsen kommt nicht in Betracht; vielmehr sind dieselben bis zum Tage der Konkurseröffnung zu berechnen. Die Zinsen, welche nach diesem Tage auflaufen, können im Konkursverfahren nicht geltend gemacht werden (§ 56 Nr. 1).

§ 56.

Im Konkursverfahren können nicht geltend gemacht werden:

1. die seit der Eröffnung des Verfahrens laufenden Zinsen;
2. die Kosten, welche den einzelnen Gläubigern durch ihre Theilnahme an dem Verfahren erwachsen;
3. Geldstrafen;
4. Forderungen aus einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners unter Lebenden oder von Todeswegen.

(E.: § 56. M.: 270. 271. K.: 53; pr. K.-O. § 84.)

I.
Allgemeine Bemerkungen.

Die im § aufgezählten Forderungen können im Konkursverfahren nicht geltend gemacht werden, bleiben aber dem Gemeinschuldner gegenüber in Kraft. Auch sind diese Forderungen ungeachtet ihrer Ausschliessung nicht besser gestellt, als die eigentlichen Konkursforderungen; es findet desshalb § 12 auf dieselben Anwendung und sie werden durch den Zwangsvergleich betroffen (§ 178). Auch sind die in Frage stehenden Forderungen von der Aufrechnung nicht ausgeschlossen, soweit nicht, wie bei den Zinsen und Kosten § 48 Nr. 2 zur Anwendung kommt (§ 46). Sollte eine der im § aufgezählten Forderungen, ungeachtet der Vorschrift desselben, im Konkurs angemeldet werden, so ist die Anmeldung unwirksam und wird durch dieselbe insbesondere die Verjährung nicht (gemäss § 13) unterbrochen.

[1]) V. von Völderndorff § 54 Bem. c. S. 556.

Dass § 56 die Geltendmachung der Forderungen ausschliesst, statt bloss vorzuschreiben, dass dieselben allen übrigen Forderungen nachstehen, wurde in den Motiven (271) damit gerechtfertigt, dass für dieselben doch nur in den allerseltensten Fällen etwas übrig bleiben würde. „Ereignet sich aber der seltene Fall, dass nach Befriedigung aller übrigen Gläubiger in der Konkursmasse ein Rest verbleiben würde und bei Aufhebung des Konkurses dem Gemeinschuldner ausgehändigt werden müsste, so bleibt es den nichtberücksichtigten Gläubigern unbenommen, gegen diesen ihre Forderungen zu verfolgen und nöthigenfalls sofort nach Aufhebung derselben die Anlegung eines Arrests oder Einleitung eines Vertheilungsverfahrens nach Vorschrift der C.-P.-O. zu erwirken. Für letzteres Verfahren die Rangverhältnisse zu bestimmen, liegt ausserhalb des Bereichs der Konkurs-Ordnung.“ (M.: 271.)

II.

Besondere Bemerkungen.

1.

Zinsen und Kosten.

(Nr. 1 und 2.)

Die Vorschrift der Nr. 2 ist schon bei § 55 erörtert worden. Die der Nr. 1 wurde in den Motiven (270) in folgender Weise gerechtfertigt: „Gleich den Liquidationskosten können auch die seit der Eröffnung des Konkurses laufenden Zinsen einer Forderung zur Konkursmasse nicht geltend gemacht werden. Wenngleich die Ursache der Zinsverpflichtung, der Zinsvertrag oder die gesetzliche Zahlbarkeit der Forderung oder der Verzug in die Zeit vor der Konkurseröffnung fallen mag, so entsteht, wie ein Pacht- oder Miethzins von Sachen, überhaupt jede Zinsforderung immer erst mit dem Ablauf der Zeit für die gehabte oder entzogene Benützung des geschuldeten Gegenstands. Laufende Zinsen sind daher nicht als bedingte, sondern überhaupt nicht als Konkursforderungen anzusehen. Dies ist der Rechtsgrund für die nicht präzis formulirte Bestimmung des französischen Fallimentsgesetzes (Art. 445) und der pr. K.-O. (§ 12): „dass die Konkurseröffnung zu Gunsten der Masse den Lauf der Zinsen einer jeden nicht durch Pfand oder Hypothek gesicherten Forderung hemme.“ Praktisch würde die Berücksichtigung der laufenden Zinsen die Vertheilung der Masse unnöthig erschweren, während bei Nichtberücksichtigung derselben kein Gläubiger dem andern gegenüber schlechter gestellt wird. Unberührt von diesem Ausschluss der Liquidationskosten und der laufenden Zinsen bleibt die Verhaftung des Gemeinschuldners für dieselben.“

Inwieweit laufende Zinsen bei Geltendmachung von Absonderungsrechten zu berücksichtigen sind, deren Geltendmachung ausserhalb des Konkurses erfolgt (Bem. II. zu § 3), bestimmt das geltende bürgerliche Recht. Auch die Zinsen, welche der wechselregresspflichtige Gemeinschuldner nach § 50 W.-O. zu zahlen hat, fallen, soweit sie nach der Konkurseröffnung laufen, unter die Vorschrift des §. Dagegen werden durch dieselben nicht diejenigen Zinsen betroffen, welche ein wechselregresspflichtiger Gläubiger, wenn auch für die Zeit nach der Kon-

kurseröffnung zu zahlen hatte, und deren Ersatz er verlangt. Dessen Forderung ist nicht als Zinsforderung, sondern als Entschädigungsforderung anzusehen.[1])

2.

Geldstrafen.

(Nr. 3.)

Die von dem Gemeinschuldner zu zahlenden Geldstrafen dürfen nicht im Konkursverfahren geltend gemacht werden, weil eine Gleichstellung derselben mit den übrigen Schulden weniger den Gemeinschuldner als die Konkursgläubiger strafen würde, welche sie nicht verschuldet haben. (M.: 270.)

Als Geldstrafe im Sinne des § ist die „Busse", welche vom Strafrichter (nach §§ 188 und 231 St.-G.-B.) verhängt wird, nicht anzusehen, da dieselbe jedenfalls theilweise den Charakter des Schadenersatzes hat und jeden „weiteren Entschädigungsanspruch" ausschliesst. Die vom Strafrichter angeordnete Einziehung (§ 40 R.-St.-G.-B., §§ 295, 360, 367 daselbst) fällt nicht unter die Vorschriften des §, da dieselbe zwar als Nebenstrafe aber nicht als Geldstrafe aufzufassen ist. Dasselbe gilt, wenn das von einem Beamten zum Zweck der Bestechung Empfangene (nach § 335 R.-St.-G.-B.) für dem Staat verfallen erklärt wurde. In allen diesen Fällen handelt es sich nur darum, ob der in Frage stehende Gegenstand aus der Konkursmasse auszusondern ist, und kommt es darauf an, ob der einzuziehende Gegenstand schon vor der Konkurseröffnung aufgehört hat, Eigenthum des Gemeinschuldners zu sein.[2]) Ist die Einziehung als solche nicht ausführbar und der Verurtheilte verpflichtet, den Werth des einzuziehenden Gegenstandes bezw. den Werth des für verfallen erklärten Empfangenen (§ 335 R.-St.-G.-B.) zu ersetzen, so wird § 56 zur Anwendung kommen, da in diesem Falle die von dem Gemeinschuldner zu zahlende Summe den Charakter der Geldstrafe hat.

3.

Forderungen aus einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners.

(Nr. 4.)

In Nr. 4 wird nach dem Vorgang der pr. K.-O. (§ 84) die Geltendmachung solcher Forderungen ausgeschlossen, welche in einer freigebigen Verfügung des Gemeinschuldners ihren Grund haben. Zur Rechtfertigung dieser Vorschrift wurde in den Motiven (270 ff.) bemerkt, das allgemein gültige Prinzip: „in re obscura melius est favere repetitioni quam adventitio lucro" verbiete es, „irgend eine Forderung aus reiner Freigebigkeit, sei diese von Todeswegen oder unter Lebenden erfolgt, mit den sogenannten lästigen Forderungen auf gleiche Linie zu stellen." Ausserdem wurde darauf verwiesen, dass man nicht die Erfüllung von Schenkungsversprechen aus der Konkursmasse verlangen dürfe, nachdem durch die §§ 25 Nr. 1 und 2 die schon geschehene Erfüllung einer Freigebigkeit ohne Rücksicht auf den guten Glauben des Empfängers der Anfechtung unterworfen

[1]) V. von Sarwey § 56 Bem. 2 S. 422.

[2]) V. von Sarwey § 56 Bem. 4 S. 423 und von Völderndorff ebendas. zu 3 Bd. I. S. 561, 562.

sei. In § 84 der pr. K.-O. (Nr. 4) waren noch von dem Konkursverfahren ausgeschlossen: „Die Forderungen, welche Zuwendungen auf den Todesfall zum Gegenstand haben, sie mögen in Eheverträgen, Erbverträgen, oder anderen letztwilligen Verfügungen des Gemeinschuldners enthalten sein.“ Jedoch war weiter bestimmt: „Hat der auf den Todesfall Bedachte für eine solche Zuwendung dem Gemeinschuldner etwas gegeben, überlassen oder eine sonstige Gegenleistung gemacht, so kann er diese Gegenleistung oder deren Werth, jedoch niemals mehr als den Betrag jener Zuwendung fordern.“ Eine derartige Bestimmung wurde nicht in dem Entwurf aufgenommen und zwar wurde dies in den Motiven (271) in folgender Weise gerechtfertigt: „Dass Zuwendungen auch in „„Ehe- und Erbverträgen““ des Gemeinschuldners enthalten sein können, versteht sich von selbst. Es wird aber in diesem wie in jedem anderen Falle immer darauf ankommen, ob die Zuwendung freigebig, ohne Entgelt oder gegen ein nur scheinbares Entgelt geschehen ist. Gegenvermächtniss, Leibgedinge, Witthum und dergleichen Zuwendungen sind an sich Freigebigkeiten, trotz ihres Verhältnisses zu dem Eingebrachten oder dem Ehevermächtniss. Der Beweggrund ändert nicht den Charakter. Wenn aber in der That die Zuwendung den Charakter einer entgeltlichen Disposition hat, so sind kasuistische Beschränkungen für ihre Erfüllbarkeit weder gerechtfertigt noch geboten. Was die Motive betreffs der Schenkungen zu § 25 und betreffs der Bestimmung des französischen Rechts über die Eheverträge zu § 37 entwickelt haben, dürfte auch hier Anwendung finden.“ In der Reichstagskommission wurde zwar die Frage angeregt, ob die Vorschrift der Nr. 4 nicht zu weit gehe; ein Antrag auf Streichung wurde aber nicht gestellt. Auf die Bemerkung, dass die Bestimmung unter Umständen, z. B. wenn es sich um eine an einen alten Diener zu zahlende Jahresrente handle, zu hart sei, wurde erwidert, dass Remunerationen nicht ohne Weiteres unter die Vorschrift fallen würden (K.: 53). Ob vergeltende oder wechselseitige Schenkungen als „freigebige Verfügungen“ anzusehen sind, ist nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts zu beurtheilen. (V. Bem. I. 3 zu § 25.)

Die Vorschrift des § geht insofern weiter als die Bestimmungen des § 25, als die Anfechtbarkeit an bestimmte Fristen geknüpft ist. Dagegen haben die letzteren Bestimmungen eine stärkere Wirkung, insofern dadurch auch Verfügungen berührt werden, welche einer dritten, dazwischen geschobenen, Person gegenüber getroffen wurden. Damit § 56 Nr. 4 Anwendung finden kann, muss diejenige Forderung, welche im Konkursverfahren angemeldet wird, auf einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners beruhen. Uebrigens ist es selbstverständlich, dass neben der Bestimmung dieses § die Vorschriften über die Anfechtung zur Anwendung kommen. [1])

§ 57.

Ein Gläubiger, welcher abgesonderte Befriedigung beansprucht, kann die Forderung, wenn der Gemeinschuldner

[1]) V. von Sarwey § 56 Bem. 5 S. 424.

auch persönlich für sie haftet, zur Konkursmasse geltend machen, aus derselben aber nur für den Betrag verhältnissmässige Befriedigung verlangen, zu welchem er auf abgesonderte Befriedigung verzichtet, oder mit welchem er bei der letzteren ausgefallen ist.

(E.: § 57. M.: 271—275. K.: 55; pr. K.-O. §§ 39. 185. 247. 248.)

1.

Allgemeiner Grundsatz.

Dass Absonderungsberechtigte, welchen gar keine Forderung gegen den Gemeinschuldner zusteht, sondern denen nur eine zur Konkursmasse gehörige Sache für ihre Forderung gegen einen Dritten haftet, am Konkursverfahren nicht Antheil nehmen können, ist selbsverständlich. Dagegen geht die K.-O. bezüglich der Absonderungsberechtigten, welche zugleich persönliche Gläubiger des Gemeinschuldners sind, von dem Grundsatz aus, dass dieselben ihre Forderung im Konkursverfahren geltend machen können, ohne desshalb verpflichtet zu sein, den ihnen haftenden Gegenstand der Konkursmasse zu überlassen, bezw. auf ihr Absonderungsrecht zu verzichten. Dieses Recht steht denselben jedoch nur insoweit zu, als sie durch Ausübung des Absonderungsrechts keine Befriedigung erlangen. „Der Absonderungsberechtigte konkurrirt mit den Konkursgläubigern nicht für den vollen Betrag seiner Forderung. Er kann nicht die ganze Forderung zur Spezialmasse geltend machen und ebenso aus der Konkursmasse für den ganzen Betrag die Antheile erhalten, bis er befriedigt ist. Das Absonderungsrecht begründet keine Korrealverhaftung. Im Resultat erhält der Gläubiger aus der Konkursmasse nie mehr, als die Antheile von demjenigen Betrage, zu welchem seine Forderung aus der Spezialmasse nicht berichtigt wird. Die Konkursmasse haftet nur für den Ausfall.“ (M.: 273.)

2.

Verzicht auf das Absonderungsrecht.

Soweit der Absonderungsberechtigte auf den Absonderungsanspruch verzichtet, stehen ihm, wenn er eine Forderung hat, alle Rechte eines Konkursgläubigers zu. Der Verzicht ist jedoch ausdrücklich und in unbedingter Weise zu erklären. Die Bestimmungen des französischen Fallimentsgesetzes (Art. 508), nach welchem das Mitstimmen des Gläubigers bei dem Konkordat von rechtswegen einen Verzicht auf die Hypothek oder das Privileg enthält, und die des belgischen Gesetzes von 1851 (Art. 513), welches noch die Bestimmung beifügt, dass der Verzicht unwirksam werde, wenn der Akkord nicht zu Stande komme, wurde in den Motiven für ungerechtfertigt erklärt. „Weder ein stillschweigender, noch ein bedingter Verzicht ist annehmbar.“ (M.: 274.) Vielmehr wird der Absonderungsberechtigte nur dann gleich anderen Konkursgläubigern im Verfahren zugelassen, wenn er den Verzicht in bestimmter und bindender Weise ausgesprochen hat. Dass der Absonderungsberechtigte auf einzelne Befugnisse,

welche ihm als solchen zustehen, verzichtet, genügt nicht; dagegen kann er, wenn er für einen Theil der Forderung auf das Absonderungsrecht verzichtet, für diesen ohne Weiteres am Konkursverfahren Antheil nehmen. Die Bestimmungen des französischen und belgischen Fallimentsgesetzes, von welchen das erstere einen theilweisen Verzicht gar nicht zulässt, während das letztere mindestens den Verzicht auf die Hälfte des Forderungsbetrags verlangt, haben ihren Grund in der Besorgniss, dass sonst der Gemeinschuldner zu leicht die zu einem Akkord erforderliche Personenmehrheit erreichen könne, indem ein gesicherter Gläubiger sich leicht gewinnen lasse, für einen unbeträchtlichen Theil seine Sicherheit aufzugeben. Die Vorschriften wurden aber bei Aufstellung des Entwurfs nicht für gerechtfertigt gehalten. „Abgesehen von dem Schutz, den die Konkursgläubiger gegen jedes betrügliche Zustandebringen eines Akkordes geniessen, berechtigt eine nur in wenigen Fällen mögliche Besorgniss keineswegs, für alle Fälle und allen Gläubigern ein wohlbegründetes Recht zu entziehen. Der Absonderungsgläubiger ist unzweifelhaft berechtigt, auf jeden Theil seines Absonderungsanspruchs Verzicht zu leisten, ohne dass die Konkursgläubiger dem widersprechen können." (M.: 274, 275.)

3.

Ausfall bei der abgesonderten Befriedigung.

Soweit der Absonderungsberechtigte nicht auf seinen Absonderungsanspruch verzichtet, könnte er streng genommen nur dann an dem Konkursverfahren theilnehmen, wenn sein Ausfall feststeht. Diese Forderung, welche in der englischen und amerikanischen Gesetzgebung scharf durchgeführt ist, wurde aber in der K.-O. aufgegeben. „Es liegt darin eine unverkennbare und nicht gerechtfertigte Härte gegen den Absonderungsgläubiger. Man darf ihn nicht ungünstiger stellen, als andere Konkursgläubiger mit unbestimmten oder bedingten Forderungen. Seine Forderung besteht zwar nur in dem Ausfalle, aber seine Ausfallforderung ist doch eine schon begründete, wenngleich gewissermassen bedingte. Die K.-O. gestattet ihm daher, behufs demnächstiger endgültiger Theilnahme, vorerst den vollen Betrag seiner Forderung anzumelden, zur Prüfung und für den sich ergebenden Ausfall zur Feststellung zu bringen; damit werden nachträgliche, den Gang des Verfahrens störende und für den Gläubiger oft zu späte Anmeldungen vermieden. Und obgleich der Ausfall noch nicht endgültig feststeht, gestattet die K.-O. eine Berücksichtigung des muthmassliches Ausfalls zur Theilnahme an den Abstimmungen der Gläubiger (§ 88) und, sofern die abgesonderte Befriedigung betrieben wird, zur Theilnahme an den Abschlagsvertheilungen (§ 141 Abs. 2). Bei der Schlussvertheilung dagegen muss das Prinzip naturgemäss zur Anwendung kommen." (M.: 275.) Bei dieser kann der Absonderungsberechtigte, falls er nicht auf den Absonderungsanspruch verzichtet, nach § 141 Abs. 1 nur dann berücksichtigt werden, wenn er nachweist, dass er einen bestimmten Ausfall erlitten hat. Wenn der verpfändete oder sonst haftende Gegenstand bei der Schlussvertheilung noch gar nicht verwerthet ist, steht nicht bloss, wie es die pr. K.-O. (§ 248) vorschrieb, den Faustpfandgläubigern, sondern auch den übrigen Absonderungsberechtigten ein Anspruch auf Berücksichtigung nicht zu. Solange nicht feststeht, dass

der Absonderungsberechtigte einen bestimmten Ausfall erlitten hat, muss der ihm bei der Abschlagsvertheilung zugewiesene Betrag zurückbehalten werden. (§ 155 Nr. 3.)

§ 58.

Betagte Forderungen gelten als fällig.

Eine betagte unverzinsliche Forderung vermindert sich auf den Betrag, welcher mit Hinzurechnung der gesetzlichen Zinsen desselben für die Zeit von der Eröffnung des Verfahrens bis zur Fälligkeit dem vollen Betrage der Forderung gleichkommt.

(E.: § 58. M.: 275—278. K.: 55; pr. K.-O. § 249.)

1.

Dass auch diejenigen Forderungen gegen den Gemeinschuldner, welche zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht fällig sind, berücksichtigt werden müssen, ist in allen Gesetzgebungen anerkannt. Jedoch ist die Frage nicht überall in derselben Weise geregelt. Die K.-O. geht nicht soweit als die französische Gesetzgebung (code de com. Art. 448, Fallimentsgesetz Art. 444), nach welcher die Fallimentseröffnung wenigstens dem Gemeinschuldner gegenüber die Fälligkeit der noch nicht verfallenen Forderungen bewirkt. „Gerade auf den Gemeinschuldner darf die Wirkung eigentlich nicht bezogen werden, vielmehr nur auf die Konkursgläubiger und die Grenzen des Konkursverfahrens; sie darf ferner nicht bezogen werden auf die Absonderungsberechtigten und auf diejenigen schwebenden Verbindlichkeiten, deren Erfüllung nach Massgabe des zweiten Titels zu und aus der Masse geschehen soll.“ (M.: 276.) Sie geht aber weiter als die pr. K.-O. (§ 249), welche nur den Ansatz der noch nicht fälligen Forderungen bei der Vertheilung der Masse in Betracht zieht. „Denn der Grundsatz muss, wie bei den Vertheilungen, gleichmässig bei der Aufrechnung, bei den Beschlussfassungen der Konkursgläubiger und schon bei der Feststellung zur Geltung gelangen.“ (M.: 276.) Darum wurde in Abs. 1 des § die gegenwärtige Fassung bezüglich der Behandlung der betagten Forderungen gewählt. „Sie gelten als fällig, auch gegen den Gläubiger derselben. Wenngleich der Termin zu seinen Gunsten gesetzt war, ist der Gläubiger dennoch verpflichtet, — falls er anmeldet — den jetzigen Werth seiner künftigen Forderung anzunehmen. Dies ist von Bedeutung bei deren Reduktion.“ (M.: 276.) Die Vorschrift des § bezieht sich übrigens bloss auf das Konkursverfahren. Ausserhalb desselben kommt dieselbe nicht zur Anwendung; es hat also bei den Vorschriften des bürgerlichen Rechts sein Bewenden, soweit nach Aufhebung des Konkursverfahrens oder während desselben unter Verzicht auf Theilnahme daran gegen den Gemeinschuldner selbst Klage erhoben, oder ein Mitverpflichteter in Anspruch genommen wird, oder soweit es sich um einen Absonderungsanspruch oder um eine Masseforderung handelt.

Ob eine betagte oder eine bedingte Forderung vorliegt, ist im Allgemeinen nach dem bürgerlichen Recht zu entscheiden. Bezüglich der Forderungen mit

unbestimmter Verfallzeit, deren Fälligkeit an ein Ereigniss geknüpft ist, von dem zwar feststeht, dass es, aber nicht, wann es eintritt, wurde in den Motiven (278) bemerkt, dass auf dieselben § 62 Anwendung finde. Dieselbe Ansicht wurde in der Justizkommissien (55) von Regierungsrath Hagens geäussert, der noch bemerkte: „zu den ungewissen Forderungen gehörten auch diejenigen, wo der Zeitpunkt a quo oder ad quem ungewiss sei.“

2.

Den Gläubigern, deren Forderung verzinslich ist, erwächst aus der Vorschrift des Abs. 1 weder ein Gewinn, noch ein Nachtheil, weil die seit der Konkurseröffnung laufenden Zinsen im Konkursverfahren nicht geltend gemacht werden können (§ 56 Nr. 1). Dagegen würden die Gläubiger, denen eine noch nicht fällige unverzinsliche Forderung zusteht, wenn lediglich Abs. 1 zur Anwendung käme, mehr erhalten, als ihnen gebührt, und dadurch vor den übrigen Konkursgläubigern, deren Forderungen fällig sind, bevorzugt werden. Dies zu verhüten ist der Zweck des Abs. 2, nach welchem von derartigen Forderungen Zwischenzinsen in Abzug zu bringen sind. Bezüglich der Frage, in welcher Art dieses Interusurium zu berechnen ist, wurde von der sogen. Carpzow'schen Methode, nach welcher dem Gläubiger die Zinsen seiner ganzen Forderung für den Zeitraum zwischen dem Tage der antizipirten Zahlung und dem Verfalltage abgezogen werden, abgesehen, weil dieselbe unrichtig ist, und den Gläubiger, der, wenn die Fälligkeit erst nach zwanzig Jahren einträte, bei einem Zinsfusse von 5 Prozent, seine ganze Forderung verlieren würde, benachtheiligt. „Um den Gläubiger nicht zu beeinträchtigen, muss vielmehr ermittelt werden, wieviel seine Forderung zur Zeit ihrer antizipirten Ausübung werth ist. Dieser Werth stellt sich auf diejenige Summe, welche mit Hinzurechnung ihres Zinsenertrags für den Zeitraum vom Tage der früheren Ausübung bis zum späteren Verfalltage dem Nominalbetrage der Forderung gleichkommt.“ (M.: 277.) Dieses Prinzip liegt sowohl der Hoffmann'schen als der Leibnitz'schen Methode zu Grund. Beide unterscheiden sich aber dadurch, dass bei der ersten der Zinsertrag nur in den einfachen Zinsen besteht, während nach der Leibnitz'schen Methode auch Zinsen von Zinsen berechnet werden. Von der letzteren Berechnungsart wurde bei Aufstellung der K.-O. Umgang genommen, weil sie von der Voraussetzung ausgehe, dass der Empfänger die gewonnenen Zinsen augenblicklich wieder als Kapital zinsbar anlegen könne, dies aber im praktischen Leben, namentlich bei kleinen Dividenden nur selten möglich sei. Es sind desshalb Zinseszinsen nicht in Ansatz zu bringen, vielmehr die Zwischenzinsen lediglich nach der Hoffmann'schen Methode zu berechnen. (M.: 277.)

Als Ausgangspunkt bei der Bemessung des Zeitraums, für welchen Zwischenzinsen zu berechnen sind, hat die K.-O. nicht wie die pr. K.-O. den „Zahlungstag“ sondern den Zeitpunkt der Konkurseröffnung (§ 100) angenommen. „Dieser ist es, welcher die Passivmasse und den Umfang jeder Konkursforderung fixirt; von diesem an hört der Bezug von Zinsen aus der Konkursmasse auf; die verzinslichen Forderungen verlieren den Zinsgenuss bis zur Auszahlung; um mit ihnen gleichgestellt zu werden, müssen die unverzinslichen den Zinsabzug von der Kon-

kurseröffnung ab erleiden." (M.: 278.) Auch wenn die Forderung, welche am Tage der Konkurseröffnung noch nicht fällig war, zur Zeit der Anmeldung fällig geworden ist, muss hienach ein Zinsabzug für die Zeit, die zwischen der Konkurseröffnung und dem Tag der Fälligkeit liegt, stattfinden. [1]) Als Zinsfuss, der bei der Berechnung zu Grunde zu legen ist, wurde der gesetzliche Zinsfuss gewählt, der in dem betreffenden Lande gilt, und der in der Regel 5 Prozent beträgt, in Handelssachen aber (nach Art. 287 H.-G.-B.) auf 6 Prozent festgesetzt ist. Ist die Forderung zu einem geringeren Zinsfuss als dem gesetzlichen zu verzinsen, so ist Abs. 2 des § nicht anwendbar. Die Forderung ist immerhin eine verzinsliche, und es wurde von einem Zinsabzug bei solchen Forderungen, der in manchen Gesetzgebungen vorgeschrieben ist, absichtlich Umgang genommen. (M.: 278.)

Bei der Berechnung der Zwischenzinsen muss nach der bestimmten Fassung des Gesetzes der ganze Zeitraum, welcher zwischen der Konkurseröffnung und dem Tag liegt, an welchem die Fälligkeit eintritt, zu Grunde gelegt werden. Es ist desshalb nicht gestattet, wie es bei Kaufleuten üblich ist, den Monat einfach zu 30 und das Jahr zu 360 Tagen zu berechnen. Jedenfalls ist diese Berechnungsweise bei Nichthandelssachen unzulässig. [2]) Die Berechnungsart des zu suchenden Kapitals X ergibt sich, wenn die betagte Forderung mit A., der in Betracht kommende Zeitraum mit B. bezeichnet, und der Zinsfuss von 5 Prozent zu Grunde gelegt wird, aus folgender Gleichung:

$$X + \frac{B.\,5\,.\,X}{100} = A, \text{ demnach } X = \frac{100\ .\ A.}{100 + 5\,B.}$$

Wird nach Tagen gerechnet, so ist folgende Gleichung zu benützen, bei welcher die Zahl der Tage mit B. bezeichnet ist:

$$X + \frac{B.\,5\,.\,X}{100\,.\,365} = A., \text{ folglich } X = \frac{100.\ 365.\ A.}{100.\,365 + 5\,B.}$$ [3])

§ 59.

Forderungen unter auflösender Bedingung werden wie unbedingte geltend gemacht.

(E.: § 59. M.: 279. K.: 55; pr. K.-O. 250 Nr. 2.)

„Dass Gläubiger, deren Forderung resolutiv bedingt ist, diese gleich den unbedingten Gläubigern geltend zu machen befugt sind, entspricht nicht bloss

[1]) V. von Völderndorff § 58 Bem. f. Bd. I. S. 574.

[2]) A. M. ist Hullmann, der (§ 58 Bem. 2 S. 211) die Ansicht aufstellt, der erwähnte Gebrauch müsse für Handelssachen auch bei der Berechnung im Konkursverfahren zur Anwendung kommen und dürfe hier füglich auch auf die Berechnung anderer Forderungen angewandt werden. V. dagegen von Sarwey, der (ebendas. Bem. 3 S. 429) sagt, die fragliche Berechnungsart dürfe jedenfalls bei anderen als Wechselsachen und Handelsgeschäften keine Anwendung finden.

[3]) Die Formeln sind dem Kommentar von Sarwey entnommen. Bei der letzten Formel ist jedoch bei von Sarwey, wahrscheinlich zufolge eines Druckfehlers, im Nenner die Zahl 365 weggeblieben.

allen Systemen des bürgerlichen Rechts, sondern auch dem gegenwärtigen Konkursrecht ohne Ausnahme. Das Bestehen der Forderung ist unbedingt, durch das ungewisse Ereigniss ist ihre Auflösung bedingt. Die Forderungen unter auflösender Bedingung werden daher, soweit es sich um Beschlussfassungen der Gläubiger handelt, ohne Beschränkung, und bei den Vertheilungen zur vollen Höhe berücksichtigt." (M.: 279.) Zu einer Sicherheitsbestellung wegen der Rückzahlung für den Fall des Eintritts der auflösenden Bedingung ist der Gläubiger nur dann verpflichtet, wenn eine solche Verpflichtung auch dem Gemeinschuldner gegenüber bestand. Ist dies der Fall, so werden nach § 155 Nr. 4 die auf ihn fallenden Antheile aus der Vertheilung zurückgehalten, bis feststeht, ob die Bedingung eingetreten ist oder nicht. „Diese Vorschrift hat den Einfluss, dass sofort bei Anmeldung und Prüfung der Forderung — nöthigenfalls im Wege des Prozesses nach Massgabe des § 134 — die Frage erledigt werden muss, ob der Gläubiger zur Sicherheitsleistung rechtlich verpflichtet ist, oder nicht? Die Einigung oder Entscheidung über die Art und den Umfang einer Sicherheit bleibt dem Stadium der Vertheilung vorbehalten." (M.: 279.)

§ 60.

Forderungen unter aufschiebender Bedingung berechtigen nur zu einer Sicherung.

(E.: § 60. M.: 279—285. K.: 55; pr. K.-O. § 250 Nr. 1. § 86.)

1.

Der Gläubiger, dessen Forderung vom Eintritt einer aufschiebenden Bedingung abhängt, hat nach der K.-O. immerhin die Eigenschaft eines Konkursgläubigers. „Mag man das Rechtsgeschäft oder das gewollte Rechtsverhältniss für bedingt halten, und mag der eintretenden Bedingung rückwirkende Kraft beigelegt werden oder nicht, der bedingte Gläubiger hat schon zur Zeit der Konkurseröffnung einen begründeten Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner (§ 2), den Anspruch, dass, wenn das bestimmte Ereigniss eintritt, die versprochene Leistung erfolge. Auch bei den letztwillig und den gesetzlich bedingten Ansprüchen ist Schuld oder Nichtschuld nur noch von dem Ereigniss abhängig. Dies gibt dem Gläubiger das der Willkür des Schuldners entrückte Recht." (M.: 279.) Andrerseits hat ein solcher Gläubiger, solange die Bedingung schwebt, keinen Anspruch darauf, dass ihm auf seine Forderung irgend etwas aus der Masse ausgezahlt werde, weil es ungewiss ist, ob er den bedingt geschuldeten Gegenstand jemals wird fordern können. Eine solche Auszahlung kann er selbst dann nicht verlangen, wenn der Schuldner verpflichtet ist, für den Fall des Nichteintritts der Bedingung Sicherheit für die Rückgabe des Empfangenen zu bestellen. „Das in der bedingten Forderung schon vorhandene Recht hat nur den Inhalt, dass der Gegenstand der Forderung bei Eintritt der Bedingung dem Gläubiger nicht vereitelt werde. Derselbe kann daher nichts Anderes verlangen als Sicherstellung." (M.: 280.)

2.

Die Fragen, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfange eine Sicherstellung einzutreten hat, ist in den Gesetzgebungen der einzelnen Länder, deren Bestimmungen in den Motiven (280 ff.) ausführlich dargelegt wurden, in sehr verschiedener Weise geregelt. Das System der K.-O. ergibt sich aus den §§ 142 und 155, welche in dieser Beziehung die massgebenden Vorschriften enthalten, während § 60 nur den leitenden Grundsatz aufstellt. Im Entwurf war ausdrücklich gesagt, dass der Gläubiger nur zum Verlangen der Sicherstellung „nach Massgabe des § 142" berechtigt sei. Die hervorgehobenen Worte wurden aber aus redaktionellen Gründen (weil man die Verweisung auf einen späteren § thunlichst vermeiden wollte) von der Reichstagskommission gestrichen, ohne dass dadurch an dem Inhalt des § etwas geändert wurde. (K.: 55.) Nach den Bestimmungen der erwähnten §§ wird dem Anspruch auf Sicherstellung dadurch genügt, dass bei jeder Abschlagszahlung für den bedingten Gläubiger die volle Dividende zurückgehalten wird, welche auf die Forderung entfallen würde, wenn sie unbedingt wäre. „Wenn aber die Bedingung nicht bis zur Schlussvertheilung eingetreten ist, kann eine weitere Rücksicht auf den bedingt Berechtigten, welchem der Gemeinschuldner Sicherheit zu bestellen nicht verpflichtet war, nicht genommen werden, und die bis dahin zurückbehaltenen Dividenden müssen unter die unbedingten Gläubiger zur Vertheilung gelangen (§ 142 Abs. 2, § 144); die K.-O. schliesst sich in dieser Hinsicht dem Gesetze der vereinigten Staaten an." (M.: 282.) Steht dem Gläubiger nach dem bürgerlichen Recht ein Anspruch auf Sicherheitsbestellung zu, so ist auch bei der Schlussvertheilung (§ 150) die volle Dividende zurückzuhalten, welche auf die Forderung, falls sie unbedingt wäre, entfallen würde.

Zum Stimmen in der Gläubigerversammlung ist der Gläubiger, solange ein Widerspruch nicht erhoben wird, in derselben Weise berechtigt, als ob die Forderung nicht bedingt wäre. Erhebt der Verwalter oder ein Konkursgläubiger hiegegen Widerspruch, so entscheidet (nach § 88) das Gericht darüber, ob und zu welchem Betrage der Gläubiger stimmberechtigt ist.

3.

Unter welchen Voraussetzungen für bedingte Forderungen die in der vorigen Bem. erörterte Sicherstellung verlangt werden kann, ist in der K.-O. nicht geregelt, vielmehr nach der Natur der Forderung und den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu bestimmen. Dass der Gläubiger seinen Anspruch nicht geltend machen kann, wenn bereits feststeht, dass die Bedingung nicht erfüllt wird, ist klar. Desshalb kommt der Anspruch in Wegfall, wenn die Bedingung nur in Folge einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners erfüllt werden könnte, welche nach § 6 den Konkursgläubigern gegenüber nichtig ist. In dieser Beziehung wurde in den Motiven (279) bemerkt: „Bedingungen, deren Erfüllung auf eine Thätigkeit des Gemeinschuldners gestellt ist, schliessen die Forderung von der Theilnahme am Konkursverfahren gänzlich aus; jede Rechtshandlung, welche der Gemeinschuldner nach der Eröffnung desselben vornimmt, ist in Bezug auf die Konkursgläubiger nichtig (§ 6); die Erfüllung der Bedingung durch

ihn vermag daher eine Konkursforderung nicht zu erzeugen.“ Auch erscheint diese Bemerkung, soweit Rechtshandlungen des Gemeinschuldners in Frage stehen, welche unter die Vorschriften der §§ 5 und 6 fallen, als vollkommen zutreffend. Eine nichtige Handlung kann nicht die Wirkung haben, dass die in Frage stehende Bedingung als erfüllt gilt; vielmehr liegt die Sache ebenso, als ob die Handlung nicht vorgenommen worden, die Erfüllung der Bedingung also ausgeblieben wäre. Ist eine Rechtshandlung, welche eine Verfügnng des Gemeinschuldners über sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen enthält, gar nicht in Frage, oder wurde dem Gläubiger von einem Dritten z. B. einem Erblasser ein bestimmter Anspruch für den Fall eingeräumt, dass der Gemeinschuldner irgend eine Handlung vornehmen oder unterlassen sollte, beruht also der Anspruch gerade auf der Widerrechtlichkeit oder Vertragswidrigkeit bezw. der Zuwiderhandlung gegen eine letztwillige Verfügung, welche in der Handlung oder Unterlassung des Gemeinschuldners zu finden ist, so kann der Anspruch des bedingten Gläubigers aber gerechtfertigt sein, obgleich der Eintritt der Bedingung von einer Thätigkeit oder Unthätigkeit des Gemeinschuldners abhängt. [1])

4.

Eine besondere Bedeutung für den geschäftlichen, besonders für den Wechselverkehr haben die Regressforderungen von Bürgen und Mitschuldnern des Gemeinschuldners, welchen desshalb die Gesetzgebung wie die Doktrin stets eine besondere Beachtung geschenkt hat. „Ihre unstreitige Eigenschaft als bedingte Forderung stellt zunächst ausser Frage, dass der Berechtigte sein vor der Eröffnung des Konkursverfahrens begründetes Rückgriffsrecht in demselben verfolgen kann, wenngleich die Bedingung des Rückgriffs — die Zahlung von ihm an den Gläubiger — erst nach der Eröffnung eingetreten ist.“ (M.: 282.) Verschieden ist aber die Behandlung der Regressforderungen bis zum Eintritt der Bedingung. Während das gemeine Recht und das französische Recht es dem Bürgen und Mitschuldner gestatten, auch bevor er dem Gläubiger gezahlt und noch bevor ihn dieser in Anspruch genommen hat, seine eventuelle Regressforderung zu liquidiren, bestimmte die pr. K.-O. (in § 86 Abs. 2): „Mitschuldner oder Bürgen des Gemeinschuldners können, insoweit als die Forderung noch unbezahlt ist, keinen Ersatz der von ihnen für den Gemeinschuldner auf die Forderung künftig (etwa) zu leistenden Zahlungen liquidiren.“ Diese Vorschrift, welche in den Motiven zur pr. K.-O. damit gerechtfertigt wurde, dass auch der Gläubiger das Recht habe, die unbezahlte Forderung zu liquidiren, und dass, wenn dies geschehen, dieselbe Forderung gegen die Masse doppelt liquidirt werde, wurde bei Aufstellung des Entwurfs für ungerechtfertigt erklärt, weil aus dem Liquidiren allein der Masse niemals ein Nachtheil erwachsen könne, und der Gläubiger sich sehr oft gar nicht im Konkurs melde. Auch wurde es für überflüssig gehalten, nach dem Vorgange der östr. K.-O. (§ 18 Abs. 2) das Anmeldungsrecht der Mitschuldner und Bürgen auf den Fall zu beschränken, dass die Forderung vom Gläubiger im Konkurse nicht geltend gemacht werde. „Diese

[1]) V. von Völderndorff § 60 Bem. III. Bd. I. S. 577 und 578.

Vorsorge ist überflüssig. Wird die angemeldete Regressforderung wie jede andere bedingte Forderung behandelt, so ist der bedingt Berechtigte von dem Empfange irgend einer Hebung ausgeschlossen; es kann für ihn nur Sicherstellung erfolgen, und in diesem Falle wird ein entsprechender Betrag reservirt. Meldet sich nun auch der Gläubiger, — und zwar vor der Schlussvertheilung, denn von da ab ist auf ihn nicht mehr Rücksicht zu nehmen (§ 143) — so entscheidet sich dadurch zugleich, ob für den Rückgriff die Bedingung defizirt. Der Rückgriff fällt zweifellos fort, soweit der Gläubiger aus der Masse Zahlung erhält, er fällt aber auch in Betreff des von diesem erlittenen und von dem Bürgen oder Mitschuldner ihm zu zahlenden oder gezahlten Ausfalls fort, insoweit als der Rückgriff auf einem Eintritt in die Rechte des Gläubigers beruht. Denn wiewohl dessen Befriedigung nur nach den Kräften der Masse erfolgt, ihr gegenüber ist die Forderung konsumirt. Das folgt aus allgemein gültigen Rechtssätzen von selbst, dazu bedarf es nicht einer besonderen Bestimmung." (M.: 283, 284.)

Eine weitere Beschränkung der Ansprüche der Mitschuldner und Bürgen enthält § 86 Abs. 2 der pr. K.-O. insofern, als in demselben noch gesagt ist, dieselben sollten „nur berechtigt sein, mittels Befriedigung des Gläubigers in dessen Rechte gegen die Masse einzutreten", sonach neben der Befriedigung des Gläubigers eine Entschädigung des zahlenden Mitschuldners oder Bürgen aus der Masse nicht gestattet ist" Auch diese Vorschrift wurde jedoch nicht in die K.-O. übergenommen und es wurde dies in den Motiven (284, 285) in folgender Weise gerechtfertigt: „Diese Auffassung entspringt der französischen Gesetzgebung (Code de com. Art. 538, Fallimentsgesetz Art. 544 Abs. 2), zeigt sich aber auch im gemeinen Recht (Günther S. 61, Fuchs S. 43 Nr. 1). Die Auffassung ist einseitig. Nach römischem Recht würde zwar die Korreal- oder Solidarverpflichtung an sich und die Bürgschaft unmittelbar nicht einen Rückgriff gegen den Gemeinschuldner begründen, und der Rückgriff regelmässig ausgeübt werden müssen dadurch, dass vermöge des beneficium cedendarum actionum die Abtretung der Rechte des Gläubigers erlangt wird. Das deutsche, das französische und das preussische Recht (Sachsenspiegel III. 85, Code civil Art. 2029, A. L.-R. I. 14 § 338) haben diesen Rückgriff des Bürgen durch den Rechtssatz erweitert, dass auf ihn die Rechte des befriedigten Gläubigers übergehen, ohne dass es dazu einer ausdrücklichen Cession bedarf. Danach wird allerdings der Rückgriff in der Regel als eine Ausübung der Rechte des Gläubigers, sei es auf Grund ausdrücklicher, sei es auf Grund stillschweigender Cession erscheinen. In diesen Fällen heisst es mit Recht: ne bis in idem. Und auch insoweit unabhängig von der Forderung des Gläubigers der Bürge oder sein Mitschuldner kraft eigenen gesetzlichen Anspruchs die Gestattung des von ihm über seinen Antheil oder sonst zu Gunsten des Gemeinschuldners Geleisteten ex versione in rem oder ex negotiorum gestione von dem Gemeinschuldner würde verlangen können, ist ein Rückgriff gegenüber der Konkursmasse unstatthaft; denn ihr und den Konkursgläubigern gegenüber fällt jede versio, jede décharge hinweg, soweit schon der Gläubiger die Forderung geltend gemacht hat. Aber der Rückgriff kann kraft selbstständigen Rechts über den Umfang der Forderung des Gläubigers und über den Umfang einer nützlichen Verwendung und Geschäftsführung hinaus

begründet sein. In letzterer Beziehung: für Zinsen, für Kosten und Schäden, die dem Bürgen durch die Befriedigung des Gläubigers erwachsen sind (Code civil Art. 2028, A. L.-R. § 351 ff. I. 14). In ersterer Hinsicht und für den ganzen Umfang des von dem Bürgen oder von einem Mitschuldner Gezahlten, sofern der Rückgriff stattfindet als actio mandati contraria, auf Grund eines gewöhnlichen oder eines „qualifizirten“ Mandats des Gemeinschuldners; nach dem Satze des römischen Rechts: qui non prohibet, pro se intervenire mandare creditur (l. 60 D. de R.-J.) sogar auf Grund stillschweigenden Auftrags. Wenngleich der Gläubiger für seine Forderung aus der Konkursmasse Befriedigung gesucht hat, muss aus derselben dem Bürgen oder Mitschuldner für dessen Forderung aus dem Mandatsverhältniss Schadloshaltung gewährt werden für das, was er in Folge dessen dem Gläubiger hat zahlen müssen. Dies erfordern alle Rechtssysteme und selbst Angesichts des § 86 und des § 87 Abs. 3 der pr. K.-O. hat dies die preussische Judikatur in Bezug auf sogen. Gefälligkeitswechsel angenommen.[1]) Weder in diesen noch in anderen derartigen Fällen darf man den Rückgriffsberechtigten „lediglich auf einen Eintritt in die Rechte des Gläubigers mittels Befriedigung desselben“ verweisen. In Ansehung dessen, was der Bürge oder Mitschuldner gezahlt hat, muss vielmehr dessen Rückgriff lediglich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen beurtheilt werden.“ Nach französischen Recht (Art. 2028 C. c.) steht dem Bürgen, auch wenn er sich ohne Vorwissen des Schuldners verbürgt hat, falls er an den Gläubiger zahlen musste, ohne Weiteres der Rückgriff gegen den Schuldner zu und er kann auch in allen Fällen Schadensersatz von diesem verlangen. Soweit eine derartige Vorschrift nicht besteht, wird der Bürge nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ausser der Erstattung dessen, was er an den Gläubiger zahlen muss, Ersatz des weiteren ihm erwachsenen Schadens nur dann vom Schuldner verlangen können, wenn er sich auf dessen Wunsch oder wenigstens in dessen Interesse verbürgt hat, nicht aber, wenn er die Bürgschaft lediglich im Interesse des Gläubigers, ja vielleicht gegen den Willen des Schuldners übernommen hat. Dagegen wird der Bürge, auch wenn er noch nicht an den Gläubiger gezahlt hat, seinen im Falle der Nöthigung zur Zahlung ihm erwachsenden Anspruch auf Eintritt in die Rechte des Gläubigers im Konkurs geltend machen und Sicherstellung desselben verlangen können. Insbesondere wird dieses Recht dem Indossanten eines Wechsels zustehen und dieser sonach, auch wenn er den Wechsel nicht eingelöst hat, berechtigt sein, den Anspruch, der ihm erwächst, wenn er zur Einlösung gezwungen wird, im Konkursverfahren zu liquidiren. Dass der Indossant nur, wenn er den Wechsel vor Eröffnung des Konkurses ein-

[1]) V. die Erk. des preuss. Obertribunals vom 24. April 1860, 11. Juni, 12. Sept. und 17. Okt. 1861 (Striethorst Bd. 37 Nr. 51 S. 192 ff., Bd. 41 Nr. 71 S. 329 ff. und Bd. 43 Nr. 35 S. 147 ff.; Entscheid. des pr. Obertrib. Bd. 46 Nr. 48, Archiv für Wechselrecht Bd. 11 S. 83.) In denselben wurde entschieden, dass § 86 pr. K.-O. nicht anwendbar sei, wenn wegen Zahlung eines acceptirten Gefälligkeitswechsels geklagt werde, weil es sich bei diesem Regress nicht um die Wechselforderung, sondern um eine selbständige Forderung handle.

gelöst hat, zur Aufrechnung befugt ist, wie von manchen Schriftstellern angenommen wird (Bem. III. 2 zu § 48), hat mit dieser Frage nichts zu thun. [1])

Ist der Gemeinschuldner selbst Bürge, so können alle demselben zustehenden Einwendungen, insbesondere die Einrede der Vorausklage oder der Theilung selbstverständlich vom Konkursverwalter geltend gemacht werden. Geschieht dies mit Erfolg, so kann der Gläubiger seinen bedingten Anspruch nur gemäss § 60 ausüben und Sicherstellung verlangen. Haftet der Bürge neben dem Schuldner für das Ganze, so kommt § 61 zur Anwendung. [2])

§ 61.

Wird über das Vermögen mehrerer oder einer von mehreren Personen, welche neben einander für dieselbe Leistung auf das Ganze haften, das Konkursverfahren eröffnet, so kann der Gläubiger bis zu seiner vollen Befriedigung in jedem Verfahren den Betrag geltend machen, den er zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens zu fordern hatte.

(E.: § 61. M.: 285—289. K.: 55—58. 131; pr. K.-O. § 87.)

1.
Allgemeine Bemerkungen.

„In der Natur einer Solidar- oder Korrealschuld liegt es, dass der Gläubiger jeden einzelnen Schuldner zum vollen Betrage der Forderung zu verfolgen befugt ist. Darin kann die Eröffnung des Konkurses nichts ändern. Mag nur ein, oder mögen alle Schuldner in Konkurs gefallen sein, durch die Geltendmachung der Forderung gegen den einen Schuldner oder dessen Konkursmasse verliert der Gläubiger nicht seinen Anspruch gegen die anderen Schuldner oder deren Massen. Der Gläubiger kann das, was er, oder was er noch zu fordern hat, zum vollen Betrage in den verschiedenen Konkursen anmelden. Andererseits kann der Gläubiger die geschuldete Leistung nur einmal erhalten; die Theilzahlung des einen Schuldners verringert die Forderung; der Gläubiger darf auch von einem andern Schuldner nur den Rest erheben, wenn schon dieser auf das Ganze

[1]) V. von Sarwey § 60 Bem. 3 S. 436. A. M. ist Hullmann, der (ebendas. Bem. 3 S. 215, 216) bemerkt, wenn der Bürge oder Mitschuldner seinen Rückgriff nur kraft seines Eintritts in die Rechte des Gläubigers nehme, sei er zu einer Anmeldung und Liquidation seines Anspruchs solange nicht legitimirt, als die Forderung der Hauptgläubiger noch zustehe, und es habe auch der Vormann des zeitigen Wechselinhabers nicht im Voraus, für den Fall, dass er aus seiner Wechselverbindlichkeit werde zahlen müssen, einen Regressanspruch gegen den Acceptanten und gegen seine Vormänner, sondern erlange diesen Anspruch in der Regel (nämlich abgesehen von dem in § 29 W.-O. vorgesehenen Falle) erst durch Einlösung und Rückindossirung des Wechsels.

[2]) V. von Sarwey § 60 Bem. 4 S. 437; von Völderndorff ebendas. Bem. V Bd. I. S. 580.

verfolgt oder gar verurtheilt war. Auf den Konkurs angewendet, würde also jede Theilzahlung, welche der Gläubiger von dem einen Verpflichteten oder aus dessen Konkursmasse empfängt, die Forderung dergestalt vermindern, dass die Dividende nicht von dem angemeldeten vollen Betrage, sondern von dem nach Abzug der Theilzahlung verbleibenden Betrage berechnet werden müsste." (M.: 285.) Dieser Grundsatz würde dazu führen, dass der Gläubiger, wenn sämmtliche Schuldner in Konkurs gerathen, niemals seine volle Befriedigung erhalten könnte, und zwar selbst dann nicht, wenn die verschiedenen Konkursmassen zusammen mehr als 100 Prozent ergeben, denn in der letzten Konkursmasse würde der Gläubiger immer nur einen Theil seiner Restforderung erhalten. Desshalb wurde durch § 61 eine Ausnahmevorschrift getroffen, nach welcher diejenigen Theilzahlungen, welche der Gläubiger nach der Eröffnung des Verfahrens erhält, auf die in demselben angemeldete Forderung keinen Einfluss übt, sondern die zur Zeit der Konkurseröffnung bestehende Forderung bei der Vertheilung zu Grund gelegt wird. Hat der Gläubiger an A. und B., welche gleichzeitig in Konkurs gerathen, 2000 Mark zu beanspruchen, so kann er hienach in jedem Konkurs die ganze Forderung anmelden, und erhält er in dem Konkurs von A. 50% also 1000 Mark, so bleibt im Konkurs von B. die Anmeldung von 2000 Mark in Kraft. Wenn die Dividende auch hier 50% beträgt, wird der Gläubiger sonach vollständig befriedigt, während er ohne die Vorschrift des § im zweiten Konkurs nur 250 Mark, im Ganzen also nur 750 Mark erhalten würde. Dass der Gläubiger niemals mehr als den Betrag seiner Forderung erhalten darf, die nach der Konkurseröffnung von anderer Seite geleisteten Zahlungen also insoweit zu berücksichtigen sind, als sie das Maximum dessen bestimmen, was der Gläubiger beanspruchen kann, ergibt sich aus der Natur der Sache (Bem. 4).

2.

Nach der pr. K.-O. wurde vorausgesetzt, dass sämmtliche Mitverpflichteten in Konkurs gerathen sind, und nach dem Entwurf wurde wenigstens verlangt, dass über das Vermögen „mehrerer" sammtverbindlich haftender Personen der Konkurs eröffnet worden ist. Die Reichstagskommission dehnte aber auf Anregung von Goldschmidt die Vorschrift noch weiter aus, so dass dieselbe auch dann zur Anwendung gelangt, wenn nur einer der Verpflichteten sich im Konkurs befindet. (K.: 55—58, 131.) Auch in diesem Falle kann sonach der Gläubiger die zur Zeit der Konkurseröffnung bestehende Forderung festhalten, obgleich er nachträglich von den übrigen Schuldnern Zahlungen erhalten und noch weitere zu erwarten hat. Nur darf die Schlussdividende nicht mehr betragen, als die Restforderung des Gläubigers. Die vor der Konkurseröffnung erfolgten Zahlungen müssen dagegen unter allen Umständen, gleichviel ob sie durch eine Konkursmasse, oder durch einen anderen Mitverpflichteten, oder durch einen unbetheiligten Dritten geleistet wurden, bei Anmeldung der Forderung berücksichtigt werden.

3.

Beschaffenheit der Verpflichtungen.

Was die Beschaffenheit der dem Gläubiger zustehenden Forderung anbelangt, so wurde von einer Unterscheidung zwischen Korreal- und Solidarobligation

absichtlich Umgang genommen, weil dieser Unterschied in manchen Rechtssystemen ganz verwischt, in anderen verschieden aufgefasst werde. In den Motiven (287, 288) wurde bemerkt: „Es ist für die vorliegende Frage ohne praktische Bedeutung, ob die Leistung aus einer Einheit oder aus einer Mehrheit von Obligationen geschuldet wird; hier wie dort würde die Leistung des einen Schuldners dem andern zu statten kommen. Man hat den Unterschied vorzüglich geltend gemacht bei Wechselverpflichtungen, und die Anwendung einer Vorschrift von dem Inhalt des Wechselrechts abhängig machen wollen, je nachdem wechselmässig die Theilzahlung des Einen die Wechselschuld des Andern verringere. (Thöl, Handelsrecht Bd. II. § 315 S. 688; Renaud S. 298 ff., Makower, Studien S. 43 ff.) Die verschiedenen Rechtsverhältnisse aus dem Wechsel kommen freilich insofern in Betracht, als eine Ausnahmevorschrift sich erübrigt, wenn schon nach dem Wechselrecht der Gläubiger ohne Rücksicht auf eine Abschlagszahlung aus der einen die ganze Forderung gegen die andere Masse zu verfolgen befugt ist. [1]) Aber auch dann und gerade dann, wenn die Zahlung wechselmässig tilgt, soll die aus dem Wesen des Konkurses entnommene Ausnahmevorschrift Platz greifen; namentlich also auch dann, wenn seitens des Acceptanten oder eines Vormannes des Gemeinschuldners die wechselmässig abgeschriebene Theilzahlung erfolgt ist. [2]) Es darf keinen Unterschied machen, ob die Verhaftung der Einzelnen auf ein und demselben oder auf selbstständigem, auf gleichen oder verschiedenen Rechtsgründen beruht, ob der Eine durch Uebernahme der Schuld des Anderen, oder durch Verbürgung für dieselbe haftbar geworden ist, ob ursprünglich die Schuld des Einen die prinzipale, die des Anderen eine subsidiäre war, wenn nur jetzt der Gläubiger berechtigt ist, die ganze Forderung gleichzeitig gegen jeden Schuldner geltend zu machen. Anders, wenn noch zu dieser Zeit die Verhaftung des Gemeinschuldners für das Ganze oder für die Antheile der Anderen erst insoweit eintritt, als nicht von diesen Zahlung geleistet wird. Die Forderung an jenen besteht dann nur in dem Rest der Forderung an diese, nach Abzug der von ihnen zunächst erfolgenden Zahlung."

4.

Mehrempfang des Gläubigers. Zurückerstattung desselben.

Eine besondere Vorsorge, dass der Gläubiger mit Hülfe der Ausnahmebestimmung des § nicht mehr erhalte, als ihm an Kapital, Zinsen und anderen

[1]) V. hiezu Borchardt, die allg. deutsche W.-O. (Auflage 6) Art. 82 Zus. 751 Anm. 545 und die dort angeführten Urtheile, insbesondere die Erk. des R.-O.-H.-G. vom 18. Sept. 1872, vom 17. Jan. 1873 und 8. Febr. 1873 (Entscheid. Bd. VII. Nr. 33 S. 120 ff., Bd. VIII. Nr. 94 S. 387 ff. und Bd. IX. Nr. 15 S. 41 ff.). Nach diesen Entscheidungen kann sich der Acceptant nicht ohne Weiteres darauf berufen, dass der Wechsel vom Aussteller bezahlt wurde, und ebensowenig dieser auf die Zahlung durch den Acceptanten. Es kommt immer darauf an, ob der Zahlende bloss sich befreien, oder die ganze Wechselobligation tilgen wollte. Letzteres ist nicht zu vermuthen, wenn der Wechsel existirt und sich im Verkehr befindet.

[2]) V. die Erk. des preuss. Obertribunals vom 6. Sept. 1859 und 30. Okt. 1860. (Entscheid. Bd. 43 Nr. 61 S. 447, Bd. 44 Nr. 41 S. 304, Striethorst Bd. 39 Nr. 33 S. 128.)

Nebenforderungen gebührt, wurde für überflüssig gehalten. „Die civilrechtlichen Folgen sollen bestehen bleiben, sofern der Gläubiger wider besseres Wissen zuviel erhebt. Sonst mögen die Konkursverwalter ihre Rechte wahrnehmen; in den meisten Fällen wird ohnehin jede Abschlagszahlung aus der vorgeschriebenen Abschreibung auf den Wechseln und Urkunden leicht zu erkennen sein.“ (M.: 289.) Eine Anzeigepflicht des Gläubigers bezüglich der nach der Konkurseröffnung empfangenen Zahlungen ist nicht vorgeschrieben, doch wird der Verwalter sich hienach erkundigen müssen und haben auch die anderen Gläubiger ein Interesse daran, sich um diese Zahlungen zu kümmern.

5.

Rückgriffsrecht der einzelnen Mitverpflichteten.

„Verbleibt in den Händen des befriedigten Gläubigers oder in einer Masse ein Ueberschuss, so tritt unter den Massen der Rückgriff ein nach dem unter den Solidarschuldnern bestehenden Rechtsverhältniss. Derselbe Rückgriff findet statt einer Masse gegenüber, zu welcher der Gläubiger sich nicht gemeldet hatte.“ (M.: 289.) Ueberhaupt ist bezüglich der Ansprüche der Mitverpflichteten unter einander, sei es, dass ein solcher von einer Konkursmasse oder dass er von einem anderen Mitverpflichteten geltend gemacht wird, lediglich das bürgerliche Recht entscheidend. Nach vielen Gesetzgebungen ist zwar der Rückgriff unter den Konkursmassen durch besondere Vorschrift ausgeschlossen; eine solche wurde aber bei Aufstellung des Entwurfs nicht für gerechtfertigt gehalten. (M. a. a. O.) Soweit der Rückgriff einer Konkursmasse gegenüber geltend gemacht wird, handelt es sich auf Seite derselben um eine Masseschuld, da der Anspruch auf eine rechtlose Bereicherung der Masse gegründet wird. (§ 52 Nr. 3.)[1]

§ 62.

Forderungen, welche nicht auf einen Geldbetrag gerichtet sind, oder deren Geldbetrag unbestimmt oder ungewiss oder nicht in Reichswährung festgesetzt ist, sind nach ihrem Schätzungswerthe in Reichswährung geltend zu machen.

§ 63.

Wiederkehrende Hebungen zu einem bestimmten Betrage und von einer bestimmten Zeitdauer werden unter

[1]) Von Völderndorff bemerkt zwar (§ 61 Bd. I. S. 586), aus dem in den Motiven gebrauchten Ausdruck „einer Masse gegenüber“ dürfe man nicht folgern, dass dieser Regress ein Masseanspruch sei; vielmehr bleibe derselbe eine Konkursforderung und müsse als solche behandelt werden. Hierbei ist aber die Vorschrift des § 52 übersehen.

Abrechnung der Zwischenzinsen (§ 58) durch Zusammenzählung der einzelnen Hebungen kapitalisirt. Der Gesammtbetrag darf den zum gesetzlichen Zinssatze kapitalisirten Betrag derselben nicht übersteigen.

(E.: §§ 62. 63. M.: 289—292. K.: 58: pr. K.-O. 62. 85. 251. 278.)

1.

Aus der Art und Weise, in welcher die Vertheilung des zur Konkursmasse gehörigen Vermögens des Gemeinschuldners geregelt ist, ergibt sich die Nothwendigkeit, dass jeder Gläubiger, der an dem Vertheilungsverfahren theilnehmen will, seine Forderung auf einen bestimmten Geldbetrag richten muss. Desshalb schreibt § 62 vor, dass alle Forderungen, welche diesem Erforderniss nicht entsprechen, durch Abschätzung ihres Werthes auf bestimmte Geldbeträge zu fixiren sind. Die Feststellung des Werthes hat in der Reichswährung, d. h. in Mark und Pfennigen zu erfolgen, und sind auch solche Forderungen, welche ihrem Betrage nach bestimmt, aber nicht in Reichswährung festgesetzt sind, in diese umzurechnen.

Die im § vorgeschriebene Abschätzung ist vor allem nothwendig bei Forderungen, die überhaupt nicht auf einen Geldbetrag gerichtet sind. „Jede Forderung, deren Gegenstand in einer Leistung, Handlung oder Unterlassung, Hergabe von individuellen Sachen, von fungiblen oder nicht fungiblen, besteht, verwandelt sich, für und gegen den Gläubiger — durch die Konkurseröffnung in eine Geldforderung.“ (M.: 290.) Den Nichtgeldforderungen gleichgestellt sind sodann die Forderungen, deren Betrag überhaupt noch unbestimmt ist, also namentlich die Schadensersatzansprüche und Interesseforderungen. „Es reihen sich weiter an die Forderungen, deren Geldbetrag noch ungewiss ist: zuerst Forderungen mit unbestimmtem Termin, sei es, dass der Anfangstermin, von welchem, sei es, dass der Endtermin, bis zu welchem die Leistung geschuldet wird, durch ein der Zeit nach ungewisses Ereigniss bestimmt wird — Forderungen sub die certo an, incerto quando. Von ihnen war schon bei § 58 die Rede. Die wichtigste Art aber bilden die Rechte auf den Bezug fortlaufender Hebungen.“ (M.: 290.) Von den letzteren wird in § 63 gehandelt (Bem. 2).

Der Schätzungswerth, nach welchem die Forderungen festzusetzen sind, ist auf den Tag der Konkurseröffnung zu berechnen. „Welche Momente für die Ermittlung des Werths massgebend sind, liess sich nicht im Allgemeinen bestimmen. Es ist aber darauf aufmerksam zu machen, dass die bedungene Zeit der Leistung nicht ausser Acht bleiben darf.[1]) Auch die Art und Weise der Berechnung des Werthes konnte nicht generell vorgeschrieben werden. In beiden Beziehungen gibt § 16 ein Beispiel.“ (M.: 290, v. auch Bem. III. zu § 16.)

[1]) V. hiezu das Erk. des R.-O.-H.-G. vom 29. Okt. 1872, Entscheidungen Bd. VII. Nr. 93 S. 344 ff.

2.

„Bezüglich der Rechte auf den Bezug fortlaufender Hebungen bestimmt die pr. K.-O. (§§ 85, 62): „„Der Betrag der künftigen Hebungen wird für den ganzen Zeitraum ihrer Dauer behufs der Sicherstellung durch Auswerfung eines Kapitals liquidirt. Fortlaufende Hebungen von unbestimmter Dauer werden nach dem Satze zu vier vom Hundert zu Kapital gerechnet.""

Dem ersten Satz entsprechend schreibt die K.-O. für den Fall, dass der Betrag und die Zeitdauer der wiederkehrenden Hebungen bestimmt ist, die Zusammenzählung der einzelnen Hebungen vor, jedoch unter Abzug der Zwischenzinsen (§ 58) und unter dem Vorbehalt, dass der Gesammtbetrag, der sich aus dieser Zusammenzählung ergeben würde, nicht den zum gesetzlichen Zinsfusse kapitalisirten Betrag der Hebung übersteigen, also nicht zu einer höheren Summe führen darf, als sich ergeben würde, wenn die Hebung auf unbegrenzte Zeit fortdauernd geschuldet wäre." (M.: 290, 291.) Die Hebungen von unbestimmter Dauer zu einem bestimmten Zinsfuss zu kapitalisiren erschien dagegen den Verfassern des Entwurfs — ganz abgesehen von den Bedenken gegen den Zinsfuss selbst — als ungerechtfertigt. „Die Lebensrente eines Sechzigers hat einen anderen Werth als die eines Zwanzigers. Wie das Lebensende kann ebenso der Eintritt eines anderen, die Dauer der Hebungen bestimmenden, Ereignisses in den einzelnen Fällen ein durchaus verschiedener Werthsfaktor sein. Darum muss die Werthschätzung nach den thatsächlichen Umständen des einzelnen Falles erfolgen. Jener gesetzliche Werthsdurchschnitt, die Tabellen von Versicherungsanstalten und andere Erfahrungssätze werden stets sicheren Anhalt gewähren." (M.: 291.)

Vollständig abweichend sind die Vorschriften der K.-O. von denen der pr. K.-O., soweit es sich um die Auszahlung handelt. Während nach dieser (§ 251) das in Ansatz gebrachte Kapital verzinslich angelegt wird und die zu beanspruchenden Hebungen zunächst aus den Zinsen dieses Kapitals und, soweit dieselben nicht ausreichen, aus dem Kapital selbst entnommen werden, erhält nach § 63 der Gläubiger statt der einzelnen Hebungen das Kapital, das deren Werth entspricht. Zur Erläuterurg und zur Rechtfertigung des von der K.-O. angenommenen Systems wurde in den Motiven (292) bemerkt: „Das Unzweckmässige der (in der pr. K.-O. vorgeschriebenen) Prozedur leuchtet ein. Sie entbehrt auch der juristischen Nothwendigkeit. Vorausgesetzt wird, dass das Recht auf den Bezug der künftigen fortlaufenden Hebungen schon vor der Konkurseröffnung begründet, dass es nicht erst jedesmal mit den einzelnen Terminen und Raten zur Entstehung gelangt, dass es vielmehr in seiner Gesammtheit schon jetzt entstanden ist. [1]) Dann aber besteht die Konkursforderung aus dem jetzigen Werth der Gesammtheit aller künftigen Hebungen, aus dem unter Anschlag der Zwisohenzeiten und der anderen Thatumstände festzustellenden Kapitalbetrage. Die Forderung ist nicht mit einer bedingten zu verwechseln. Und darum muss sie nicht bloss zur Sicherstellung zugelassen werden, sondern nach dem Kapitalwerthe zur Theilnahme, wie an allen Beschlussfassungen, namentlich an einem Akkorde, so an allen Vertbei-

[1]) V. hiezu Bem. IV. 1 und 4 zu § 2.

lungen. Die Versilberung, welche überall der Konkurs erfordert, äussert sich hier gleichfalls in einer Realisirung, einer Ablösung der Renten und der sonstigen Hebungen, mag die Ablösung durch einfache Zusammenrechnung der bestimmt zu zählenden Hebungen oder durch anderweitige Kapitalisirung erfolgen. Die Ablösung und Kapitalisirung geschieht, um die Theilnahmeverhältnisse der einzelnen Konkursgläubiger an der Konkursmasse zu bestimmen; sie wirkt daher zunächst nur für und gegen sie. Dem Gemeinschuldner gegenüber bleibt das ursprüngliche Verhältniss bestehen; er mag sich nach Aufhebung des Verfahrens mit dem Gläubiger ausgleichen — soweit er sich nicht an die im Verfahren erfolgte Fesstellung in Gemässheit der §§ 129 Abs. 2, 152, 179, 192 selbst gebunden hat. Der Gemeinschuldner wird sich daher nicht über einen Eingriff in seine Rechte beschweren dürfen und den konkurrirenden Gläubigern gereicht die vorgeschlagene Prozedur sicher zu grösserem Vortheil als die preussische.“[1])

ZWEITES BUCH.

Konkursverfahren.

(§§ 64—208.)

Uebersicht.

Die Gliederung des zweiten Buchs, in welchem das Verfahren geregelt wird, ist einfach. „Nach einleitenden allgemeinen Bestimmungen (Titel I), welche die Zuständigkeit und Thätigkeit des Gerichts, die Stellung des Gemeinschuldners, des Konkursvorwalters, der Gläubiger und ihres Ausschusses, also der in und bei dem Verfahren betheiligten Personen charakterisiren, und einige allgemeine Vorschriften über das Verfahren geben, muss die Eröffnung des Verfahrens geregelt (Titel II); es müssen die Vorkehrungen, durch welche die Theilungsmasse (Titel III) und die Schuldenmasse (Titel IV) ermittelt und festgestellt wird, von den Bestimmungen unterschieden werden, nach denen das Verfahren seine Erledigung findet (Titel V—VII). Unter diesen nehmen die Vorschriften über die Vertheilung (Titel V) und über den Zwangsvergleich (Titel VI) eine hervorragende Stellung ein. An diese regelmässigen Bestimmungen reihen sich die abweichenden Vorschriften über besonders geartete Konkurse an (Titel VIII). (M.: 13 und 14.)

[1]) In den Motiven (291, 292) wird beispielsweise angeführt, dass bei einer lebenslänglichen Rente von jährlich 24 Thalern das zu deren Deckung erforderliche Kapital nach der pr. K.-O. 600 Thaler betrage, also bei einer Dividende 150 Thaler deponirt werden müssten, welche den Gläubigern bei der Vertheilung entzogen würden mit der Aussicht, nach langen Jahren davon einen Theil wieder zu erhalton. Nach der K.-O. werde die Ablösung der Rente vielleicht zu 240 Thalern erfolgen und der Rentengläubiger mit 60 Thalern abgefunden werden.

Erster Titel.

Allgemeine Bestimmungen.

(§§ 64—93.)

Vorbemerkungen.

„Den Vorschriften über die einzelnen Theile des Verfahrens schickt die K.-O. im ersten Titel einige allgemeine Bestimmungen voraus, sie betreffen die Organe des Verfahrens; die §§ 64—69 stellen die Zuständigkeit des Gerichts fest und die Regeln über das Verfahren mit Rücksicht auf die Vorschriften der Civilprozess-Ordnung. Es folgen die §§ 70—78 über die Bestellung und die Stellung des Konkursverwalters. Organ der Gläubiger ist: der Gläubigerausschuss und die Gläubigerversammlung; von ersteren handeln die §§ 79—84, von letzterer die §§ 85—91. Die Stellung endlich des Gemeinschuldners im Verfahren bestimmen die §§ 92 und 93.“ (M.: 293.)

§ 64.

Für das Konkursverfahren ist das Amtsgericht ausschliesslich zuständig, bei welchem der Gemeinschuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

Sind mehrere Gerichte zuständig, so schliesst dasjenige, bei welchem zuerst die Eröffnung des Verfahrens beantragt worden ist, die übrigen aus.

(E.: § 64. M.: 293—297. K.: 59; pr. K.-O. §§ 115. 127 u. 320.)

1.

Bezüglich der sachlichen Zuständigkeit hat sich die K.-O. dafür entschieden, dass die Konkurse in allen Fällen, gleichviel ob es sich um Kaufleute oder Nichtkaufleute handelt, vor die Amtsgerichte gehören, was in den Motiven (294—296) ausführlich gerechtfertigt wurde. Hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit ist der allgemeine Gerichtsstand des Gemeinschuldners entscheidend, der sich nach den §§ 13—19 der C.-P.-O. bestimmt. Für Gesellschaften, Genossenschaften u. s. w. ist § 19 der C.-P.-O. massgebend. Soweit es sich um physische Personen handelt, ist der allgemeine Gerichtsstand in der Regel am Gericht des Wohnsitzes des Schuldners (§§ 13—17 C.-P.-O.) begründet und zwar gilt dieser auch dann, wenn dieser seinen Wohnsitz im Auslande hat. Nur wenn der Schuldner gar keinen Wohnsitz hat, wird der allgemeine Gerichtsstand durch den Aufenthaltsort desselben im deutschen Reiche oder in Ermanglung eines solchen durch den letzten Wohnsitz bestimmt. (§ 18 C.-P.-O.)[1]

[1]) Man vergleiche des Verfassers Kommentar zur C.-P.-O. § 13 Bem. 3 und § 18 Bem. 1.

Wenn der Schuldner im Deutschen Reiche keinen allgemeinen Gerichtsstand hat, kann übrigens unter den in § 208 angegebenen Voraussetzungen in Ansehung des im Inlande befindlichen Vermögens ein besonderes Konkursverfahren stattfinden. (V. die Bem. zu diesem §.)

Dass der besondere Gerichtsstand der Niederlassung (§ 22 C.-P.-O.) die Zuständigkeit nicht begründet, wurde in den Motiven (296) besonders gerechtfertigt. Sowenig wie dieser kann der in § 21 C.-P.-O. vorgesehene Gerichtsstand hier in Betracht kommen. Auch in diesem § wird ein besonderer Gerichtsstand festgesetzt. In den Motiven (296) ist desshalb auch nur auf die §§ 13 ff. und 18—20 verwiesen worden.

2.

Wenn in der K.-O. vom „Gericht" die Rede ist, wird darunter immer das nach § 64 zuständige Amtsgericht verstanden. Dadurch, dass dessen Zuständigkeit als eine ausschliessliche bezeichnet wurde, ist nach § 40 C.-P.-O. jede Vereinbarung über ein anderes Gericht ausgeschlossen. (M.: 296, K. 59.) Sind verschiedene Gerichte zuständig, was vorkommen kann, wenn der Schuldner mehrere Wohnsitze hat, oder wenn eine Gesellschaft oder Genossenschaft nach § 19 Abs. 3 C.-P.-O. neben dem durch diesen § bestimmten, noch einen allgemeinen Gerichtsstand festgesetzt hat, so entscheidet die Prävention. Damit diese vorhanden ist, genügt es, dass der Eröffnungsantrag (§ 95) bei einem Gericht gestellt wurde, wenn auch darauf hin nicht sofort Beschluss ergangen, vielmehr die in § 97 vorgesehene Verfügung oder der Eröffnungsbeschluss von einem anderen Gerichte früher erlassen worden ist, als von dem zuerst angegangenen Gericht. Die „Priorität des Eröffnungsantrags" wurde für entscheidend erklärt, „um jedes doppelte Verfahren zu vermeiden". (M.: 296.) Wenn die Voraussetzungen des § 36 C.-P.-O. vorliegen, was bezüglich der Nrn. 1, 5 und 6 vorkommen kann, so ist das zuständige Amtsgericht gemäss §§ 36 und 37 C.-P.-O. durch das im Instanzenzug zunächst höhere Gericht zu bestimmen.

§ 65.

Die Vorschriften der Civilprozessordnung finden, soweit nicht aus den Bestimmungen dieses Gesetzes sich Abweichungen ergeben, auf das Konkursverfahren entsprechende Anwendung.

(E.: § 65. M.: 297. 298. K.: 59.)

1.

Zur Rechtfertigung der im § enthaltenen Vorschrift wurde in den Motiven (297, 298) bemerkt: „Das Konkursverfahren steht im Zusammenhange mit dem allgemeinen Prozessrechte. Zwar ist der Konkurs nicht ein Prozess in dem engeren Sinne einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit unter bestimmten Parteien, vielmehr eine Vermögensliquidation, und die Theilnahme des Gerichts an derselben ist vorwiegend als Ausfluss der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu erachten.

Aber es ist immerhin ein der Rechtspflege der ordentlichen Gerichte anvertrautes, unter gerichtlicher Leitung sich abwickelndes, Verfahren, durch welches bürgerliche Rechtsansprüche zum Austrage gebracht werden sollen, und in welchem gerichtliche Entscheidungen nicht zu umgehen sind. Das Konkursverfahren ist sonach der Anwendung prozessrechtlicher Vorschriften nicht bloss zugänglich, sondern bedürftig. Die K.-O. beruht auf den Vorschriften der C.-P.-O. und setzt diese als integrirenden Theil voraus; sie könnte nicht ohne erhebliche Aenderungen aus Prozessgesetzen Ergänzung finden, welche auf anderen Grundlagen als die C.-P.-O. beruhen. Der § 65 beruft sich desshalb ausdrücklich auf diese. Welche einzelnen Vorschriften derselben anwendbar sind, lässt sich weder erschöpfend, noch allgemein zutreffend darstellen. Vorzugsweise anwendbar erscheinen die Vorschriften über den allgemeinen Gerichtsstand, Bestimmung des zuständigen Gerichts, Ablehnung und Ausschliessung des Richters, über Prozessfähigkeit, Vertretung, über Folgen einer Versäumung und die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, sowie einzelne Vorschriften über mündliche Verhandlung, ihre Leitung, Aufnahme des Protokolls, Sühneversuch, über Glaubhaftmachung, über Zustellung Termine, und Fristen, über Beweisaufnahme und die Arten der Beweise, Einnahme des Augenscheins, Beweis durch Zeugen und Sachverständige,[1]) sowie durch Urkunden, die Vorschriften über das Rechtsmittel der Beschwerde, über Haft und einstweilige Verfügungen. Ueberall wird die Anwendung nur eine „entsprechende" nicht unmittebare sein können, und überall wird vorausgesetzt, dass die Anwendung der Natur des Konkursverfahrens und des in Rede stehenden Verhältnisses entspricht. Selbstverständlich entzieht sich eine grosse Anzahl und wohl die Mehrzahl der Vorschriften der C.-P.-O. jeder Anwendung, und wo eine analoge Anwendung zwar möglich, aber nicht zweckmässig erscheint, hat die K.-O. für abweichende Bestimmungen Sorge getragen, so über Zustellungen (§§ 68, 69), Werthsberechnung (§§ 136, 62, 63 u. s. w.). Dass nicht die Vorschriften der Prozess-Ordnung über die Bewirkung und den Vollzug einer Zwangsvollstreckung unzweckmässige Anwendung auf die Verwerthung der Konkursmasse finden, hat die K.-O. durch die Bestimmungen der §§ 107 ff. vorgesehen." (V. auch Vorbem. 2 zu §§ 107 ff.)

2.

Nach diesen Ausführungen kommen die Vorschriften der C.-P.-O. nur dann zur Anwendung, wenn ein gerichtliches Verfahren in Frage steht, das einer Regelung durch prozessualische Bestimmungen bedarf, nicht aber dann, wenn es sich lediglich um die Vermögensverwaltung handelt. Aber auch soweit ein gerichtliches Verfahren oder eine gerichtliche Verfügung in Frage steht, sind die Bestimmungen der C.-P.-O. nicht zur Anwendung zu bringen, wenn sie lediglich auf dem Gegensatz zwischen mehreren Parteien beruhen, also nur für einen wirklichen Rechtsstreit, nicht für ein gerichtliches Vertheilungsverfahren passen. Die K.-O. kennt weder eine mündliche Verhandlung im Sinne der C.-P.-O. noch ein eigentliches Urtheil. (Bem. 1 zu § 66.) Es passen daher auf das Konkurs-

[1]) V. auch § 67.

verfahren weder die Bestimmungen über die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung, die Vorträge der Parteien in derselben u. s. w., noch diejenigen über die Urtheile und die gegen dieselben zugelassenen Rechtsmittel der Berufung und Revision sowie die ausserordentlichen Rechtshülfen der Nichtigkeits- und Restitutionsklage. Dagegen müssen, da auch im Konkursverfahren mündliche Verhandlungen in der allgemeinen Bedeutung des Worts vorkommen, die Vorschriften der C.-P.-O., welche sich auf die Leitung solcher Verhandlungen beziehen (§§ 127, 130, 132, 133—135, 140, 142—144),[1]) oder die zu errichtenden Protokolle betreffen (§§ 145—151), oder sich mit der Verlegung der Termine durch das Gericht beschäftigen (§ 206), entsprechende Anwendung finden. Auch die §§ 530—540 C.-P.-O. müssen zur Anwendung kommen, da gegen die im Konkursverfahren erfolgenden gerichtlichen Verfügungen in der Regel das Rechtsmittel der Beschwerde stattfindet. (Bem. 3 zu § 66.) Ein Versäumnissurtheil kommt im Konkursverfahren so wenig als ein anderes Urtheil vor. (Bem. 1 zu § 66.) Es haben desshalb die Bestimmungen der C.-P.-O. über das Versäumnissurtheil und den Einspruch (§§ 295—312) für das Konkursverfahren keine Bedeutung. Dagegen müssen die Vorschriften der §§ 208 ff. C.-P.-O., welche die Wirkungen der Versäumung einer Prozesshandlung regeln, und ebenso die Bestimmungen der §§ 211 ff. über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Versäumung einer Nothfrist entsprechende Anwendung finden. (Bem. 1.)

Die Vorschrift des § greift nicht bloss dann Platz, wenn es sich um das „Konkursverfahren" im engeren Sinne Worts (Buch II) handelt, sondern auch, soweit das „Konkursrecht" (Buch I) in Frage steht, dessen Bestimmungen sich ebenfalls auf das Konkursverfahren im weiteren Sinne des Worts erstrecken. Dagegen bezieht sich dieselbe nicht auf Prozesse, welche gelegentlich des Konkursverfahrens entstehen und vor den gewöhnlichen Gerichten auszutragen sind. (V. z. B. § 134.) Auf die Verhandlung und Entscheidung solcher Rechtsstreitigkeiten finden die Bestimmungen der C.-P.-O. nicht bloss „entsprechende" Anwendung, sondern dieselben unterliegen ganz ebenso wie andere Prozesse den Vorschriften der Prozess-Ordnung.

§ 66.

Die Entscheidungen im Konkursverfahren können ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Die Zustellung geschieht von Amtswegen.

Gegen die Entscheidungen im Konkursverfahren findet, soweit dieses Gesetz nicht ein Anderes bestimmt, die sofortige Beschwerde statt.

(E.: § 66. M.: 298. 299. K.: 59. 60. 68. 69.)

[1]) V. Bem. 1 zu § 66.

1.

„Die Entscheidungen im Konkursverfahren betreffen entweder nur im Laufe des Verfahrens entstehende Einzelstreitigkeiten, wie über Stimmenberechtigung einzelner Gläubiger, über die Einwendungen einzelner Gläubiger bei einer Vertheilung oder bei einer Einstellung des Verfahrens, oder sie betreffen andere Incidentpunkte, wie die Disziplinarbestrafung des Verwalters, die Haft des Gemeinschuldners, den Erlass von Sicherungsmassregeln, ein Veräusserungsverbot u. s. w., oder wenn sie auch das Gesammtverfahren unmittelbar betreffen, wie die Eröffnung des Verfahrens und die Beendigung durch Zwangsvergleich, so bringen sie doch nicht einen bestimmten Rechtsstreit unter bestimmten Parteien zur Erledigung. Das Konkursverfahren als solches lässt daher weder ein Versäumniss- noch ein Endurtheil, überhaupt kein Urtheil im Sinn der Prozess-Ordnung zu. Und eben desshalb setzen die Entscheidungen im Konkurse eine mündliche Verhandlung nicht als nothwendig voraus. Von einer eigentlichen Prozessverhandlung, wie sie die C.-P.-O. als Verhandlung zur Hauptsache im Auge hat, kann füglich nicht die Rede sein und daher ebensowenig von einer Anwendung der §§ 123, 126, 129, 136—139, 141 derselben. Wohl aber kann von Verhandlung im weiteren Sinne des Worts gesprochen werden. Schon in den Terminen ohne richterliche Entscheidung, wie namentlich den Prüfungsterminen oder dem Termin zur Abnahme der Schlussrechnung eines scheidenden Verwalters (§ 78) und in den Terminen mit richterlichen Incidententscheidungen z. B. über Stimmberechtigung (§§ 87, 88), dem Schlusstermine (§ 150), vorzüglich aber in den Terminen zum Zweck richterlicher Entscheidung, also über die Eröffnung des Konkurses, Bestätigung eines Zwangsvergleichs (§ 170), Einstellung des Verfahrens (§ 189) u. s. w. findet eine „mündliche Verhandlung", eine Verhandlung unmittelbar vor dem Gerichte statt. Wenn demgemäss die K.-O. bestimmt, dass die Entscheidungen im Konkursverfahren ohne mündliche Verhandlung erfolgen können, so bleibt einerseits dem Gerichte anheimgestellt, geeigneten Falles eine vorgängige mündliche Verhandlung stattfinden zu lassen, und so ist andrerseits nicht ausgeschlossen, dass das Gesetz in gewissen Fällen es als nothwenig vorschreibt, einzelne Betheiligte vorher zu hören (§§ 76, 97, 194, 195, 199, 205, 87, 170, 189)". (M.: 298). Die Vorschrift, dass Betheiligte zu hören sind, hat hier ebensowenig wie nach der C.-P.-O. die Bedeutung, dass eine mündliche Verhandlung stattfinden muss. Vielmehr kann den Betheiligten auch Gelegenheit gegeben werden, sich ausserhalb einer solchen Verhandlung schriftlich oder mündlich zu erklären. [1])

2.

Durch Abs. 2, der auf Antrag des Abg. von Vahl von der Reichstagskommission beigefügt wurde, wird die Zustellung der gerichtlichen Entschei-

[1]) V. von Sarwey § 66 Bem. 2 S. 450; Hullmann ebendas. Bem. 1 S. 222; von Wilmowski ebendas. Bem. 2 S. 200. A. M. ist von Völderndorff, der (§ 66 Bem. b Bd. II. S. 23 ff.) bemerkt, nothwendig sei die vorgängige mündliche Verhandlung selbstverständlich, wenn das Gesetz vorschreibe, dass einzelne Betheiligte vor Erlassung der Entscheidung zu hören seien.

dungen anders, als es nach der C.-P.-O. der Fall wäre, geregelt. Während ohne diese Bestimmung, wie Regierungsrath Hagens hervorhob, § 294 Abs. 2 und 3 der C.-P.-O. auch im Konkurs gelten würde, und nur der auf § 288 verweisende Absatz 2 dieses § nicht zur Anwendung käme, weil „Parteien" im Sinne der C.-P.-O. im Konkursverfahren nicht vorkommen, bestimmt Abs. 2 des § 66 ausdrücklich, dass alle Zustellungen im Konkursverfahren von Amtswegen zu erfolgen haben und beseitigt zugleich die Vorschrift des § 294 C.-P.-O., nach welcher verkündete Beschlüsse überhaupt nicht zuzustellen sind. In der Reichstagskommission beantragte von Vahl zunächst, den Abs. 1 des § dahin zu fassen: „Die Entscheidungen im Konkursverfahren können ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen; sie sind den Betheiligten zuzustellen," und veränderte die Fassung bloss desshalb, weil er die Frage, wem zuzustellen sei, nicht berühren wollte. Zu Gunsten dieses Antrags bemerkte zunächst Regierungsrath Hagens: „Es liege im Interesse des gesammten Konkursverfahrens, dass auch die verkündeten Entscheidungen und Verfügungen von Amtswegen zugestellt würden." Sodann erklärte der Antragsteller selbst: „Er wolle überall von Amtswegen die Zustellung erfolgen lassen. Wer die Betheiligten seien, würde in einzelnen Fällen festgestellt werden müssen." (K.: 59, 60.) Hienach muss angenommen werden, dass auch in denjenigen Fällen die Entscheidungen des Konkursgerichts zuzustellen sind, in welchen denselben eine mündliche Verhandlung vorausgegangen ist, und dass im Konkursverfahren im Allgemeinen die Verkündigung durch die Zustellung ersetzt wird. Es ist dies um so mehr geboten, als sonst der Antrag von Vahl gar keine praktische Bedeutung haben, sondern sich nach Annahme desselben das nämliche Ergebniss herausstellen würde, das Regierungsrath Hagens als das System des Entwurfs bezw. als die Folge der Anwendung der C.-P.-O. bezeichnet hat. [1])

Dagegen ist die Bestimmung des Abs. 2 nicht so aufzufassen, dass neben der öffentlichen Bekanntmachung, welche nach § 68 als Zustellung an alle Betheiligten gilt, noch eine besondere Zustellung erfolgen müsste; vielmehr ist eine solche nur dann erforderlich, wenn das Gesetz sie ausdrücklich vorschreibt. (§§ 103, 166.) Ebenso muss im Falle der §§ 171 und 174 die Verkündung des Beschlusses genügen. (V. Bem. zu diesem §.) Zu der Annahme, dass auch in diesen Fällen eine besondere Zustellung nothwendig sei, nöthigt weder der Wortlaut des Abs. 2 noch die Entstehungsgeschichte desselben. [2]) Wenn es sich

[1]) V. dagegen von Sarwey, der (§§ 66 Bem. 3 S. 450, 451) bemerkt, Abs. 2 des § entspreche der Vorschrift des § 294 Abs. 3 C.-P.-O. und es habe nach demselben eine Zustellung in solchen Fällen nicht zu erfolgen, in welchen der Beschluss im Termin verkündigt worden sei.

[2]) V. von Wilmowski § 66 Bem. 3 S. 200. A. M. sind Hullmann (§ 66 Bem. 2 S. 222) und Wengler (ebendas. Bem. 2 S. 423), welche eine besondere Zustellung auch dann für nöthig halten, wenn die Entscheidung zugleich öffentlich bekannt zu machen ist, sofern es sich um eine Zustellung an die Gläubigerversammlurg als solche, z. B. um die Fälle der §§ 72, 76, 91 handelt, die Zustellung aber in der Form der öffentlichen Bekanntmachung erfolgen lassen wollen.

um eine Mittheilung handelt, welche für die Gläubigerversammlung als solche bestimmt ist (v. z. B. die §§ 72, 76, 91), so wird eine einfache Mittheilung an den Verwalter nicht genügen, sondern ist eine öffentliche Bekanntmachung erforderlich, welche hier allein als die geeignete Form der Zustellung erscheint.[1])

3.

Da es im Konkursververfahren kein eigentliches Urtheil, sondern nur einfache Beschlüsse gibt, auf welche § 284 C.-P.-O. keine Anwendung findet, konnte als Rechtsmittel gegen die ergehenden Entscheidungen nur die Beschwerde in Betracht kommen. Regelmässig findet aber nicht die einfache, sondern die „sofortige Beschwerde" (§ 450 C.-P.-O.) statt, weil die Entscheidungen „auf die Rechte Dritter einwirken, daher einer Rechtskraft fähig und einer Nothfrist bedürftig sind." (M.: 298.) Bezüglich dieses Rechtsmittels kommen im Allgemeinen die Vorschriften der C.-P.-O. (§§ 530—540) zur Anwendung. Insbesondere gilt die Vorschrift des § 540, nach welcher die Frist, innerhalb deren die „sofortige Beschwerde" eingelegt werden muss, am Tag der Zustellung der Entscheidung zu laufen beginnt. Nur in den Fällen, welche durch die §§ 146 und 147 geregelt werden, beginnt die Nothfrist ihren Lauf mit der Niederlegung bezw. Verkündung des Beschlusses.

„Die gewöhnliche Beschwerde, ohne Nothfrist, findet nur in denjenigen Fällen statt, in welchen eine Incidententscheidung unter Anwendung der Vorschriften der C.-P.-O. erlassen wird und nach den letzteren durch Beschwerde anzufechten ist. Die K.-O. stellt Fälle, in denen diese Beschwerde Platz greift, nicht auf. Sie entzieht in einzelnen Ausnahmefällen die Entscheidung jeder Anfechtung, nämlich die über Stimmberechtigung (§§ 87, 88), weil die Entscheidung selbst arbiträrer Natur ist und die Gültigkeit und Vollziehung der Beschlüsse eine nachträgliche Aenderung der Entscheidung nicht verträgt, ferner die über Aufhebung des Konkursverfahrens auf Grund einer Schlussvertheilung (§ 151) oder eines rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleichs (§ 175), weil es sich hier um einen lediglich formalen Beschluss handelt und das Verfahren einen schnellen und sicheren Abschluss fordert — endlich die von dem Beschwerdegericht über Bestätigung eines Zwangsvergleichs erlassene Entscheidung (§ 174 Abs. 3), weil eine zweimalige vollständige Erörterung der Sache genügt, und eine weitere Beschwerde leicht dahin führen kann, den Zweck der Beendigung des Konkurses durch Vergleich in Frage su stellen." (M.: 299.)[2])

Die „sofortige Beschwerde" steht Demjenigen zu, dessen Interesse durch die Entscheidung verletzt ist. Handelt es sich um ein gemeinschaftliches Interesse der Konkursgläubiger, so kann dieselbe von dem Organ erhoben werden, welchem die Wahrung dieses Interesses anvertraut ist. Wird die Ernennung des von der Gläubigerversammlung ernannten Verwalters verweigert (§ 72), oder die

[1]) V. Hullmann und Wengler a. a. O. A. M. ist von Sarwey (§ 66 Bem. 3 S. 45), welcher eine einfache Mittheilung an den Verwalter für genügend hält.

[2]) Bezüglich der Voraussetzungen, unter denen eine „weitere Beschwerde" stattfindet, ist auf den Kommentar zur C.-P.-O. (Bem. zu § 531) zu verweisen.

Vollziehung eines von dieser Versammlung gefassten Beschlusses untersagt (§ 91), so kann hienach die Gläubigerversammlung Beschwerde führen. War der Antrag auf Entlassung des Verwalters (§ 76) vom Gläubigerausschuss gestellt, so kann dieser gegen den ablehnenden Beschluss Beschwerde einlegen. Es muss übrigens, wenn es sich um einen Beschluss der Gläubiger handelt, da jeder einzelne Gläubiger, der bei dem in Frage stehenden Beschlusse mitgewirkt hat, als verletzt erscheint, auch den einzelnen Gläubigern das Recht der Beschwerde eingeräumt werden. (Bem. I. zu §§ 85 ff.)[1])

§ 67.

Das Konkursgericht kann zur Aufklärung aller das Verfahren betreffenden Verhältnisse die erforderlichen Ermittelungen, insbesondere die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen anordnen.

(E.: § 67. M.: 299. 300. K.: 60; pr. K.-O. § 132 Abs. 6.)

„Der § 67 legt dem Konkursgerichte die Befugniss bei, zur Aufklärung aller das Verfahren betreffenden Verhältnisse die ihm erforderlich erscheinenden Ermittlungen insbesondere die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen auf Antrag oder von Amtswegen anzuordnen. — Die Bestimmung will hauptsächlich die Information der Verwaltungsorgane erleichtern. Für alle Betheiligten muss es wünschenswerth sein, bei der Behandlung schwebender Rechtsgeschäfte, bei der Erhebung von Aussonderungs- und Absonderungsansprüchen, bei der Ausübung des Anfechtungsrechts, bei der Prüfung von Konkursforderungen und bei Entschliessungen über Verwerthung der Masse nicht ausschliesslich auf die oft unzuverlässige oder nicht zu erlangende Auskunft des Gemeinschuldners oder auf unsichere Privaterkundigungen sich angewiesen zu sehen. Zahlreiche Prozesse können durch eine vorgängige Ermittlung des Gerichts vermieden und dadurch das ganze Verfahren erheblich abgekürzt werden. — Das Gesetz gebraucht die Ausdrücke „Zeugen“ und „Sachverständige“ im technischen Sinne und will dadurch die entsprechende Anwendung der Vorschriften der Prozess-Ordnung (§§ 340 ff., 369 ff.) über die Aufnahme des Beweises, insbesondere über die Zeugenpflicht, die Ablehnung eines Sachverständigen, die zulässigen Zwangsmittel, die Eidespflicht, die Entschädigung und die Zuziehung der Betheiligten sicherstellen. Als selbstverständlich ist vorausgesetzt, dass das Gericht jede andere zuständige Behörde um die Vornahme der Vernehmung oder der sonstigen Ermittlung ersuchen kann.“ (M.: 299, 300).

[1]) A. M. ist Hullmann, der (§ 66 Bem. 4 S. 223) bemerkt, wenn ein gemeinschaftliches Interesse der Konkursgläubiger verletzt sei, könne die Beschwerde nur von dem Organe erhoben werden, welchem die Wahrung dieses Interesses durch die K.-O. anvertraut sei.

Da die Vernehmung von Zeugen nach den Vorschriften der C.-P.-O. erfolgen soll, muss auch die Beeidigung derselben für nothwendig gehalten werden. [1])

Auch die Vorlage von Handelsbüchern kann vom Konkursgericht angeordnet werden, soweit diese Anordnung nach den Vorschriften des H.-G.-B. und der C.-P.-O. gestattet ist. Bezüglich der Voraussetzungen, welche hiebei in Betracht kommen, sind die Bemerkungen zu §§ 133 ff. C.-P.-O. und zu § 13 des E.-G. zu derselben im Kommentar des Verfassers zu vergleichen.

§ 68.

Die öffentlichen Bekanntmachungen erfolgen durch mindestens einmalige Einrückung in das zur Veröffentlichung amtlicher Bekanntmachungen des Gerichts bestimmte Blatt; die Einrückung kann auszugsweise geschehen. Die Bekanntmachung gilt als bewirkt mit dem Ablaufe des zweiten Tages nach der Ausgabe des die Einrückung oder die erste Einrückung enthaltenden Blattes.

Das Gericht kann weitere Bekanntmachungen anordnen.

Die öffentliche Bekanntmachung gilt als Zustellung an alle Betheiligten, auch wenn dieses Gesetz neben ihr eine besondere Zustellung vorschreibt.

§ 69.

Wenn neben der öffentlichen Bekanntmachung eine besondere Zustellung vorgeschrieben ist, so kann dieselbe durch Aufgabe zur Post bewirkt werden. Einer Beglaubigung der Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks bedarf es nicht.

Die dem Verwalter obliegenden Mittheilungen können unmittelbar und ohne besondere Form geschehen.

(E.: §§ 68. 69. M.: 300. 301. K.: 60—62; pr. K.-O. §§ 123. 148. 168. 183. 204.)

[1]) Von Völderndorff spricht (§ 67 Bem. c. Bd. II. S. 28 ff.) die Ansicht aus, dass es von dem Ermessen des Konkursrichters oder dessen Stellvertreters abhänge, ob die Beeidigung vorzunehmen oder zu unterlassen sei, weil die Vernehmung aller Betheiligten über die Frage, ob sie auf die Beeidigung verzichten wollen, im Konkursverfahren selten ausführbar und die C.-P.-O. (nach § 65 K.-O.) nur „entsprechend" anzuwenden sei. Dieser Ansicht kann aber nicht beigetreten werden. Gerade weil ein Verzicht von Seite aller Betheiligten nicht beigebracht werden kann, müssen die Vorschriften über die Beeidigung zur Anwendung kommen.

1.

„Auf das Zustellungs- und Ladungswesen im Konkursverfahren müssen im Allgemeinen die Vorschriften der C.-P.-O. Anwendung finden.“ (M.: 300.) Da die aktenmässige Nachweisung der Ladung jedes einzelnen Interessenten zu grosse Schwierigkeiten verursachen würde, wurde jedoch in vielen Fällen die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung vorgeschrieben. (V. §§ 73, 85, 103, 105, 139, 151, 166, 175, 184, 189, 191.) Bezüglich dieser öffentlichen Bekanntmachung sind nicht die Vorschriften der §§ 186—189 C.-P.-O., sondern nur die des § 68 massgebend. Es ist weder ein Anheften an die Gerichtstafeln, noch die zweimalige Einrückung in das zur Bekanntmachung bestimmte Blatt vorgeschrieben. Nur in einzelnen Fällen wird die Einrückung in den deutschen Reichsanzeiger verlangt. (§§ 103, 105, 151, 175, 184, 189.) Die weiteren Bekanntmachungen, welche das Gericht nach Abs. 2 anordnen kann, können in einer nochmaligen Veröffentlichung in derselben oder in einer anderen Zeitung, aber auch in einem Anheften an der Gerichtstafel, an der Börse u. s. w. bestehen.

Dass die Einrückung auszugsweise geschehen kann, wurde von der Reichstagskommission mit Rücksicht auf die Kostenersparung beschlossen. (K.: 60.) Welche Punkte der Auszug zu enthalten hat, ist vom Amtsrichter zu bestimmen. Die Bekanntmachung gilt nach § 68 Abs. 1 erst dann als bewirkt, wenn der zweite Tag nach der Ausgabe des Blattes an dessen Erscheinungsort abgelaufen ist. Handelt es sich um eine Frist, welche von der Bekanntmachung an läuft, so beginnt dieselbe sonach erst an diesem Tage, oder am darauffolgenden Tag zu laufen. Bei der Berechnung wird der Tag, an welchem das Blatt thatsächlich ausgegeben wird, auch dann entscheidend sein, wenn die an diesem Tage ausgegebene Zeitung vordatirt wird, also das Datum des folgenden Tages trägt. [1]) Dass einer der zwei Tage, welche auf den Ausgabetag folgen, ein Sonn- oder Feiertag ist, ändert an der Anwendung der Vorschrift nichts.

Besondere Ladungen und Benachrichtigungen werden durch die K.-O. nicht ausgeschlossen, in einzelnen Fällen vielmehr ausdrücklich vorgeschrieben. „Da aber, wo sie neben einer öffentlichen Bekanntmachung vorgeschrieben sind, soll nur von der letzteren die Gültigkeit der Verhandlungen abhängen.“ (M.: 300.) Wenn die besonders vorgeschriebene Zustellung unterblieben ist, hat dies also keine nachtheiligen Folgen, sondern es genügt die öffentliche Bekanntmachung. Ist eine besondere Ladung oder Benachrichtigung erfolgt, so muss übrigens die Beschwerdefrist, wenn die öffentliche Bekanntmachung erst an einem späteren Tage als bewirkt gilt, schon vom Tag der Zustellung an laufen.[2]).

2.

Mit Rücksicht auf die Einrichtung der öffentlichen Bekanntmachung wurde es für statthaft gehalten, „für die nebenhergehenden besonderen Zustellungen

[1]) A. M. ist von Völderndorff, der (§ 68 ff. Bem. e. Bd. II. S. 35) bemerkt, es sei auch in diesem Falle nur das gedruckte Datum entscheidend.

[2]) V. Hullmann § 68 Bem. 4 S. 224.

es allgemein bei der einfachen und Kosten ersparenden Form der Postaufgabe (§ 175 C.-P.-O.) bewenden zu lassen. Die Aufgabe zur Post genügt (ebendas. § 161), auch wenn der Adressat an dem Orte oder in dem Bezirk des Gerichts seinen Wohnsitz hat.“ (M.: 300, 301.) Im Einzelnen ist bezüglich der Zustellung durch „Aufgabe zur Post“, welche nicht mit der „Zustellung durch die Post“ zu verwechseln ist, auf den Kommentar zur C.-P.-O. (Bem. III. 2 zu §§ 160 ff. und Bem. IV. zu §§ 173 ff.) zu verweisen. Handelt es sich um eine Zustellung, neben welcher eine öffentliche Bekanntmachung nicht erfolgt, so kommt die Vorschrift des § nicht zur Anwendung. Dass es einer Beglaubigung der Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks nicht bedarf, wurde in der Reichstagskommission beanstandet. Der Antrag auf Streichung der betreffenden Vorschrift wurde aber abgelehnt, nachdem Regierungsrath Hagens hervorgehoben hatte, dass auf das zuzustellende Schriftstück die Abschrift der Zustellungsurkunde gesetzt und dadurch bis zur Aufgabe zur Post die amtliche Kontrole hinlänglich gewahrt sei, und nachdem noch von Hullmann beigefügt worden war: „Ganz ohne Beglaubigung gelange das Schriftstück doch nicht in die Hände des Adressaten, da das Couvert mit dem Gerichtssiegel verschlossen sei.“ (K.: 61, 62).

Dass die Mittheilungen, welche das Gesetz in einzelnen Fällen dem Konkursverwalter auferlegt (§§ 123 Abs. 1, 147 Abs. 2), an eine besondere Form nicht gebunden sind, entspricht, wie in den Motiven (301) hervorgehoben wurde, dem § 463 C.-P.-O. Auf Mittheilungen, welche dem Verwalter zu machen sind, bezieht sich die Vorschrift nicht. Uebrigens kann dieselbe nur dann zur Anwendung kommen, wenn es sich um eine einfache Mittheilung handelt, nicht aber, wenn das Gesetz eine förmliche Ladung u. s. w. vorschreibt. (V. z. B. § 115.)

§ 70.

Der Konkursverwalter wird von dem Gerichte ernannt.

Das Gericht kann demselben die Leistung einer Sicherheit auferlegen.

§ 71.

Wenn die Verwaltung verschiedene Geschäftszweige umfasst, so können mehrere Konkursverwalter ernannt werden. Jeder von ihnen ist in seiner Geschäftsführung selbständig.

§ 72.

In der auf die Ernennung eines Verwalters folgenden Gläubigerversammlung können die Konkursgläubiger statt des Ernannten eine andere Person wählen. Das Gericht kann die Ernennung des Gewählten versagen.

§ 73.

Der Name des Verwalters ist öffentlich bekannt zu machen.

Dem Verwalter ist eine urkundliche Bescheinigung seiner Ernennung zu ertheilen. Er hat dieselbe bei der Beendigung seines Amts dem Gerichte zurückzureichen.

(E.: §§ 70—73. M.: 301—305. K.: 62; pr. K.-O. §§ 128—130. 136.)

I.

Ernennung des Konkursverwalters.

(§§ 70 Abs. 1, 71 und 72.)

1.

Nach der K.-O. ist der Verwalter in allen Fällen vom Gericht zu ernennen, und zwar steht diesem nicht bloss das Recht der Ernennung eines einstweiligen Verwalters zu, sondern es wird sofort ein definitiver Verwalter ernannt. Durch § 72 wird zwar den Gläubigern Gelegenheit gegeben, gegenüber der von Amtswegen erfolgenden Ernennung durch das Gericht ein „Widerspruchs- und Wahlrecht“ auszuüben. Der Beschluss der Gläubigerversammlung ist jedoch für das Gericht nicht bindend; vielmehr kann dasselbe die Ernennung der gewählten Person versagen und es findet dann nicht eine abermalige Wahl statt, sondern bleibt die frühere Ernennung in Kraft. In der Reichstagskommission vermisste von Sarwey eine Bestimmung für den Fall, dass auch die zweite Wahl nicht bestätigt werde. Von einem besonderen Antrag wurde aber abgesehen, nachdem der Abg. Schröder unter Zustimmung von Regierungsrath Hagens bemerkt hatte: „Wenn der von der Gläubigerversammlung Gewählte abgelehnt werde, so verbleibe der vom Gericht ernannte Verwalter in Funktion. Zu einer nochmaligen Wahl sei der Gläubigerversammluug keine Gelegenheit gegeben.“ (K.: 62.) Dass das Gericht den Willen der Gläubiger nur dann unbeachtet lassen werde, wenn triftige Gründe hiezu vorliegen, wurde in den Motiven (303) als selbstverständlich angenommen. Zudem steht gegen die Versagung der Ernennung das Recht der sofortigen Beschwerde zu, über welche das Landgericht zu entscheiden hat. (Bem. 3 zu §§ 66 ff.) Von einer Verpflichtung des Gerichts, die Gründe der Versagung in dem Bescheide anzugeben, wurde Umgang genommen, weil dieselbe weder den Interessen des Gewählten noch den sachlichen Interessen entspreche und das Gericht in der Lage sei, die Betheiligten mündlich und unmittelbar zu hören. (M.: 303.) In der Reichstagskommission erklärte Goldschmidt seine Zustimmung zu dieser Auffassung und bemerkte: „Das Beschwerderecht genüge vollständig; im Berichte über die Beschwerde werde sich das Gericht über seine Gründe auszusprechen haben.“ (K.: 62.)

Die Vorschriften der §§ 70 und 72 kommen übrigens nicht bloss bei der ersten Ernennung eines Verwalters, sondern auch dann zur Anwendung, wenn

der ernannte Verwalter gestorben ist, oder sein Amt niedergelegt hat, oder nach § 76 entlassen wurde. „Für später vorkommende Fälle ist davon ausgegangen worden, dass in der Regel die nächste Gläubigerversammlung zeitig genug anstehen werde; die Berufung einer besonderen Versammlung ist aber nicht ausgeschlossen und kann nöthigenfalls auf den im § 85 vorgesehenen Wege veranlasst werden.“ (M.: 302, 303.)

2.

In der Regel kann bloss ein Verwalter ernannt werden. Nur ausnahmsweise gestattet § 71 die Ernennung mehrerer Verwalter, wenn verschiedene in sich abgeschlossene Geschäftszweige (z. B. eine Fabrik und ein Waarengeschäft oder ein landwirthschaftliches Gut und eine Bierbrauerei) vorhanden sind, die Thätigkeit und Verantwortlichkeit der verschiedenen Verwalter sich also trennen lässt. „Eine kollegialische Verwaltung unter gemeinsamer Haftbarkeit, wie die französische Gesetzgebung sie zulässt, ist unzweckmässig und hemmend; ebensowenig konnte mehreren von einander unabhängigen Verwaltern eine gegenseitige Haftbarkeit zugemuthet werden. Ist bei einem ausserordentlichen Umfang der Geschäfte eine Theilung derselben nach bestimmten Zweigen unthunlich, so muss es dem Verwalter überlassen bleiben, sich der Unterstützung von Gehülfen zu bedienen, welche seiner Beaufsichtigung und seinen Anweisungen unterworfen sind, und für deren Thätigkeit er nach Massgabe der Vorschriften des bürgerlichen Rechts aufzukommen hat.“ (M.: 306).

Bezüglich der Auswahl der zum Verwalter geeigneten Persönlickeiten wird das Gericht (wie die Gläubigerversammlung) durch die K.-O. nicht beschränkt. Dass der Gemeinschuldner selbst nicht zum Verwalter ernannt werden kann, wurde in den Motiven (304) als selbstverständlich bezeichnet, und es erscheint diese Auffassung auch nach § 5 wie nach den übrigen Bestimmungen der K.-O. als richtig.[1]) Ebenso versteht es sich von selbst, dass nur eine handlungsfähige Person als Verwalter bestellt werden kann. Im Uebrigen wurde absichtlich von allen Beschränkungen abgesehen. Es sind weder die nahen Verwandten des Gemeinschuldners, noch die an dem Verfahren betheiligten Gläubiger ausgeschlossen. Auch ist es nicht nothwendig, dass der Konkursverwalter am Sitze des Konkursgerichts wohnt. Ob es nicht möglich sei, den Gerichten die Auswahl des Verwalters durch die Beschränkung auf eine bestimmte Klasse von Personen (insbesondere auf die Notare) zu erleichtern, wurde bei Aufstellung des Entwurfs erwogen. Es wurde aber wegen verschiedener Bedenken davon Umgang genommen und an dem bereits in der pr. K.-O. wie im französischen Recht geltenden System vollständiger Freiheit der Auswahl festgehalten. Hinsichtlich der Ergebnisse dieses Systems wurde in den Motiven (304) bemerkt, dass es naturgemäss zu einer sehr verschiedenen Praxis geführt habe. „In den grossen Städten sind bald unter den Handel- und Gewerbetreibenden tüchtige Persönlichkeiten ermittelt worden, deren Zuverlässigkeit und geschäftliche Gewandtheit in

[1]) V. dagegen von Völderndorff, der (§ 70 Bem. a. II.) die Ansicht aufstellt, dass auch der Gemeinschuldner zum Verwalter ernannt werden könne.

der Erledigung der ihnen aufgetragenen Verwaltungen die Gerichte bestimmt hat, regelmässig auf sie zurückzugreifen; thatsächlich hat sich hier eine Klasse von ständigen Konkursverwaltern entwickelt, welche alle Vorzüge der belgischen „liquidateurs assermentés," aber ohne die Nachtheile einer gesetzlich monopolisirten Kaste, in sich vereinigt. Auch in weniger gewerbreichen Gegenden ist es vielfach gelungen, durch Kommunikation mit den Ortsbehörden und Handelskorporationen ausserhalb der geschlossenen Beamtenkreise geeignete Konkursverwalter zu finden. In den rein ländlichen Bezirken endlich hat man in der Regel die grundsätzlich nirgends ausgeschlossenen Rechtsanwälte und Notare oder erfahrene Büreaubeamte zu Verwaltern ernennt. Die Möglichkeit, sich jeder tüchtigen Kraft zu bedienen, hat es gestattet, die Besonderheiten des Einzelfalles in umfassendster Weise zu berücksichtigen und wenn Klagen laut geworden sind, so richten sich dieselben weniger gegen die von den Gerichten getroffene Auswahl, als gegen den Mangel an geeigneten Verwaltern überhaupt. Diesem Uebelstande vermag kein Gesetz abzuhelfen."

II.

Bescheinigung und Bekanntmachung der Ernennung. Auferlegung einer Sicherheitsleistung.

(§§ 70 Abs. 2 und 73.)

1.

In den Motiven (305) wurde bemerkt: „Mit der Zustellung seiner Ernennung sollen auch die gesetzlichen Befugnisse des Verwalters ihren Anfang nehmen. Die öffentliche Bekanntmachung seines Namens und die Ertheilung einer urkundlichen Bescheinigung seiner Ernennung sind daneben im Interesse des Verkehrs und zur Erleichterung des Legitimationsnachweises vorgeschrieben." (M.: 305.) Damit der Verwalter seine Thätigkeit beginnen kann, ist jedoch nicht eine förmliche Zustellung durch den Gerichtsvollzieher erforderlich, sondern es genügt hiezu jede Mittheilung durch das Gericht.[1]) Dass der Verwalter die Ernennungsbescheinigung bei Beendigung seines Amtes zurückzugeben hat, wurde nach den Motiven (305) vorgeschrieben, weil der Besitz der Bestellung den Verwalter dem Publikum gegenüber vollständig legitimire, solange nicht die Beendigung des Amts vom Gerichte bekannt gemacht sei, sonach die Nothwendigkeit bestehe, dieselbe nicht über die Dauer der Amtsthätigkeit hinaus in den Händen des Verwalters zu belassen. Die Vorschriften kommen bezüglich jeder Ernennung eines Verwalters zur Anwendung, gleichviel ob derselbe von Amtswegen oder auf Vorschlag der Gläubigerversammlung ernannt wurde. Ob und unter welchen Voraussetzungen die Masse durch die Handlungen verpflichtet wird, welche der Verwalter nach

[1]) Von Völderndorff (§ 73 Bem. d. Bd. II. S. 54) ist der Meinung, dass die Zustellung der Ernennung mit der Ertheilung der Bescheinigung gleichbedeutend sei. Dieser Ansicht kann jedoch nicht zugestimmt werden. Wenn dem Verwalter vom Gericht mitgetheilt wurde, dass er ernannt sei, muss er berechtigt sein, die nöthigen Handlungen vorzunehmen, obgleich sich die Ausstellung des Legitimationsnachweises verzögert.

seiner Entlassung vorgenommen hat, ist nach dem bürgerlichen Recht zu beurtheilen.

2.

Eine Verpflichtung zur Annahme der Ernennung besteht nach der K.-O. für den Verwalter nicht. Auch wurde bei der Begründung des § 74 ausdrücklich darauf Bezug genommen, dass derselbe sein Amt freiwillig übernehme. (Bem. 1 zu §§ 74 ff.) Der Ernannte kann desshalb die Uebernahme des Amtes ohne Angabe von Gründen ablehnen und ebenso dasselbe niederlegen, wenn er sich nicht zur Fortführung besonders verpflichtet hat.[1])

3.

„Eine besondere Verpflichtung des Verwalters durch das Gericht schreibt die K.-O. nicht vor. Die Ernennung legt demselben die gesetzlichen Pflichten auf.“ (M.: 305.) Es hat desshalb weder eine Beeidigung des Verwalters oder eine Verpflichtung durch Handgelübde zu erfolgen, noch ist überhaupt eine besondere Einweisung nebst Belehrung über die zu übernehmenden Pflichten erforderlich. Die einfache Mittheilung der Ernennung genügt, um den Verwalter zur Uebernahme der Verwaltung zu berechtigen, und die Annahme der Ernennung begründet die in dem Gesetz vorgesehenen Verpflichtungen. Ob eine besondere Verweisung auf die Vorschriften der K.-O. als angemessen erscheint, ist der Beurtheilung des Gerichts überlassen.

4.

„Die K.-O. verleiht den Gerichten die Befugniss, den Verwalter zur Kautionsstellung anzuhalten, sowohl seine Ernennung von der Leistung einer Sicherheit abhängig zu machen, als ihm nachträglich eine Sicherheitsleistung aufzuerlegen. Bei den weitgehenden Befugnissen des Verwalters erscheint eine solche Befugniss für diejenige Zeit unerlässlich, während welcher den Gläubigern eine unmittelbare Einwirkung auf die Geschäftsführung desselben entzogen ist; sie erschien aber als zulässig und nothwendig selbst für den Fall, dass eine Mehrheit von Gläubigern geneigt sein sollte, auf eine Sicherheitsleistung zu verzichten. Dadurch, dass die Auferlegung einer Sicherheitsleistung und die Bestimmung über Art und Höhe derselben in das Ermessen des Richters gestellt ist, wird dieser in den Stand gesetzt, in ausgedehntem Maasse den schon in der Persönlichkeit oder den sonstigen Verhältnissen des Verwalters liegenden Bürgschaften Rechnung zu tragen.“ (M.: 305.) An die Vorschriften des § 101 der C.-P.-O. soll das Gericht hienach nicht gebunden sein. Uebrigens kann derselbe schon aus dem Grunde keine Anwendung finden, weil es sich hier nicht

[1]) Von Völderndorff, der gleichfalls der Ansicht ist, dass eine Verpflichtung zur Annahme nicht bestehe, bemerkt (a. a. O. S. 45), nach den Motiven scheine es, dass der Ernannte nur, wenn er erhebliche Gründe anzuführen und nachzuweisen vermöge, ablehnen dürfe. Es ist aber dem Verfasser nicht gelungen, eine derartige Andeutung zu finden. Auf S. 307 wird zwar bemerkt, dass dem Verwalter gegenüber eine sorgfältige Erwägung des Gerichts durch die ihm gesicherte Anhörung verbürgt sei. Diese Bemerkung bezieht sich aber auf § 76 Abs. 2.

um eine „prozessualische" Sicherheit handelt und es in das Ermessen des Gerichts gestellt ist, ob überhaupt eine Sicherheitsbestellung erfordert wird.[1]) Aus der freien Stellung, welche dem Gericht eingeräumt worden ist, muss gefolgert werden, dass dasselbe die auferlegte Sicherheitsleistung auch wieder ganz oder theilweise erlassen kann.[2])

§ 74.

Der Verwalter hat die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters anzuwenden.

§ 75.

Der Verwalter steht unter der Aufsicht des Konkursgerichts.

§ 76.

Das Gericht kann gegen den Verwalter Ordnungsstrafen bis zu zweihundert Mark festsetzen. Es kann denselben vor der auf seine Ernennung folgenden Gläubigerversammlung von Amtswegen, später nur auf Antrag der Gläubigerversammlung oder des Gläubigerausschusses seines Amts entlassen.

Vor der Entscheidung ist der Verwalter zu hören.

(E.: §§ 74—76. M.: 306. 307. K.: 62. 161; pr. K.-O. §§ 131 bis 133.

1.

Stellung des Verwalters. Verantwortlichkeit desselben.

Bezüglich der Stellung, welche dem Verwalter dem Gemeinschuldner und den Gläubigern gegenüber zukommt, ist auf die Bem. II. 1 zu § 5 zu verweisen, nach welcher derselbe als Vertreter des Gemeinschuldners angesehen werden muss, obgleich er in seiner Thätigkeit keineswegs von demselben abhängig ist. Die Verantwortlichkeit des Verwalters wird durch § 74 für das ganze Reichsgebiet gleichmässig geregelt. „Mit Rücksicht darauf, dass derselbe sein Amt freiwillig und gegen Vergütung übernimmt, erschien es am richtigsten, ihm die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters zur Pflicht zu machen und ihn daher die culpa levis im römisch-rechtlichen Sinne vertreten zu lassen." (M.: 306.) Die Sorgfalt

[1]) V. von Wilmowski § 70 Bem. 1 S. 205; Hullmann §§ 70 ff. Bem. 7 S. 226 ff; von Sarwey § 70 Bem. 3 S. 458; von Völderndorff ebendas. Bem. c. Bd. II. S. 46 ff. Letzterer ist der Ansicht, dass § 101 C.-P.-O. zwar an sich massgebend sei, folgert aber das Recht zur Gestattung einer anderweitigen Art der Sicherheitsleistung aus der Befugniss, von derselben ganz abzusehen.

[2]) V. Hullmann a. a. O. S. 227.

eines ordentlichen „Geschäftsmannes“ (Art. 343 H.-G.-B.) wurde desshalb nicht vorgeschrieben, weil sie nur für den Handelsverkehr passen würde. (M.: a. a. O.) Bei Prüfung der Verantwortlichkeitsfrage wird es übrigens immer darauf ankommen, ob der Verwalter diejenige Sorgfalt bethätigt hat, welche „ein ordentlicher Hausvater“ dann anwenden wird, wenn er eine ähnliche Stellung als Vermögensverwalter einnimmt. Thut oder unterlässt der Verwalter etwas, was ein ordentlicher Verwalter nicht thun oder nicht versäumen wird, so hat er nicht diejenige Sorgfalt bethätigt, welche das Gesetz von ihm verlangt.[1])

2.

Aufsicht und Disziplin. Ordnungsstrafen.

Hinsichtlich der dem Gericht obliegenden Ueberwachung des Verwalters und der damit verbundenen Befugnisse wurde in den Motiven (306) bemerkt: „Da der Verwalter vom Gericht ernannt wird, erschien es folgerichtig, ihn auch der Aufsicht und Disziplin desselben zu unterwerfen. Die Uebertragung desselben auf den Gläubigerausschuss würde weder dem wesentlich koordinirten Verhältniss zwischen diesem und dem Verwalter, noch der offiziellen Stellung des letzteren entsprechen. Keineswegs ist indessen beabsichtigt, das Gericht durch Beilegung von Disziplinarbefugnissen indirekt zu einer oberen Instanz in Verwaltungssachen zu machen. Der bezeichnende Unterschied liegt darin, dass dasselbe niemals die Zweckmässigkeit, sondern nur die Pflichtwidrigkeit[2]) der Handlungen oder Unterlassungen des Verwalters zu prüfen hat. Direkte Verstösse gegen die gesetzlichen Vorschriften, grobe Vernachlässigung der Amtspflichten u. s. w. können von dem Gericht ohne Einmischung in die eigentliche Verwaltung sehr wohl geahndet werden. In der Regel wird dasselbe nicht von Amtswegen, sondern nur auf Antrag vorgehen.“ Hienach soll das Gericht, solange der Verwalter sich innerhalb der Grenzen der ihm zugewiesenen Befugnisse bewegt und den Bestimmungen des Gesetzes nicht zuwiderhandelt, sich nicht in die Verwaltung einmischen, wohl aber darauf achten, dass der Verwalter den gesetzlichen Vorschriften nachkommt. Soweit es sich um solche Dinge handelt, kann das Gericht den Verwalter auf die ihm obliegenden Pflichten aufmerksam machen, und demselben eine Zuwiderhandlung der gesetzlichen Vorschriften oder eine pflichtwidrige Unterlassung verweisen, sowie nöthigenfalls dieselbe durch eine Ordnungsstrafe rügen. Der Verwalter untersteht also in dieser Beziehung der Disziplinargewalt des Gerichts.[3]) Diese erstreckt sich aber nur auf die geschäftliche

[1]) V. von Völderndorff § 74 Bd. II. S. 58.

[2]) Soll heissen: „Pflichtmässigkeit.“

[3]) Von Völderndorff bestreitet (§ 76 Bem. a I. Bd. II. S. 59), dass dem Gericht das Recht der Disziplin zustehe, weil diese Disziplinargewalt die Person ergreife, während nur die Thätigkeit des Verwalters unter der Herrschaft des Gerichts stehe. Die Aufsichtsbefugniss, welche sich durch Verhängung von Ordnungsstrafen geltend macht, wird aber mit Recht als Disziplinargewalt bezeichnet. In deren Wesen liegt nicht nothwendig die Ausdehnung auf das Privatleben oder die Privatthätigkeit der der Aufsicht unterworfenen Personen. Auch der Ansicht von Völderndorffs, dass die aus dem ersten Entwurf übernommenen Motive nach der Einfügung des § 75 nicht mehr

Thätigkeit des Konkursverwalters, nicht auf dessen Privatleben. Der Konkursverwalter ist kein Beamter. Soweit dessen geschäftliche Thätigkeit durch sein Privatleben nicht berührt wird, können Ordnungsstrafen gegen denselben nicht erlassen werden.[1])

Als Ordnungsstrafen sind nur Geldstrafen zulässig, und zwar darf wegen einer und derselben Handlung oder Unterlassung höchstens eine Geldstrafe von zweihundert Mark verhängt werden, während nichts im Wege steht, dass verschiedene nach einander verhängte Geldstrafen diesen Betrag übersteigen. Die wiederholte Androhung und Verhängung von Geldstrafen für den Fall, dass eine unterlassene Handlung auch fernerhin nicht vorgenommen wird, ist ausgeschlossen, da die Geldstrafe hier nicht (wie in § 774 C.-P.-O.) als Zwangsmittel, sondern als wirkliche Strafe für eine begangene Ordnungswidrigkeit erscheint.[2]) Dass höhere Geldstrafen nicht ausgesprochen werden können, wurde in den Motiven durch die Bemerkung gerechtfertigt: „Möchten Strafen in dieser Höhe ihren Zweck verfehlen, so ist auf eine erspriessliche Thätigkeit des Verwalters überhaupt nicht mehr zu rechnen; es muss sodann dem Gläubigerausschuss oder der Gläubigerversammlung überlassen werden, einen Entlassungsantrag zu stellen.“ (M.: 306, 307.) Eine Umwandlung der Geldstrafe in Freiheitsstrafe findet nicht statt, da die Bestimmungen der §§ 28 ff. R.-St.-G.-B. sich nur auf solche Strafen beziehen, welche wegen Vergehen oder Uebertretungen verhängt wurden, und eine besondere Vorschrift nicht wie in den Fällen der §§ 345 und 355 C.-P.-O. besteht. Die Sache liegt hier ebenso, wie bei den Ordnungsstrafen, welche gegen Sachverständige (nach § 374 C.-P.-O.) erlassen wurden.[3])

Was das Verfahren anbelangt, so kann die Geldstrafe von Amtswegen verhängt werden, und wenn auch die Gläubiger befugt sind, die Verhängung derselben in Anregung zu bringen, so steht ihnen doch nicht das Recht der Beschwerde zu, wenn das Gericht eine Strafe nicht verhängt. Wenn der Verwalter nach der Ansicht des Konkursrichters eine bestimmte Handlung vornehmen soll, so wird er in der Regel zunächst zur Vornahme unter Androhung einer Ordnungsstrafe aufgefordert werden. Jedoch muss dies nicht geschehen, sondern kann auch wegen einer Unterlassung ohne vorausgegangene Androhung die Strafe verhängt werden. In allen Fällen muss aber der Verwalter, ehe die

passten, und, nachdem der Verwalter ganz allgemein der Aufsicht des Gerichts unterstellt sei, der Satz sich nicht mehr halten lasse, dass das Gericht die Zweckmässigkeit der Verwaltung nicht zu prüfen habe, kann nicht beigetreten werden. Das Gericht hat die Aufsicht darüber zu führen, dass der Verwalter pflichtmässig handelt, aber nicht selbst die Verwaltung zu leiten, kann also dem Verwalter beispielsweise nicht vorschreiben, dass er einen Pachtvertrag fortsetzt oder kündigt.

[1]) V. von Völderndorff a. a. O.

[2]) V. von Völderndorff § 76 Bem. b. Bd. II. S. 61, der jedoch darin abweicht, dass er wegen einer und derselben Unterlassung mehrere Strafen zulässt, welche nur zusammen den Betrag von zweihundert Mark nicht übersteigen sollen.

[3]) V. des Verfassers Kommentar zur C.-P.-O. Bem. III. 2 zu §§ 773 ff. Bd. II. S. 832 ff.

Geldstrafe ausgesprochen wird, mit seiner Vertheidigung gehört werden, da Abs. 2 des § 76, wie dessen Stellung ergibt und es der Natur der Sache entspricht (v. auch § 776 C.-P.-O.), nicht bloss dann zur Anwendung kommt, wenn es sich um die Entlassung des Verwalters handelt. (Bem. 3.) [1]) Auch steht dem Verwalter gegen die Entscheidung, welche die Strafe verhängt, die sofortige Beschwerde zu, welcher unter „entsprechender" Anwendung des § 535 C.-P.-O. aufschiebende Wirkung zukommen wird.

3.
Entlassung des Konkursverwalters.

Die Entlassung des Verwalters kann vor Allem aus dem Grunde erfolgen, weil derselbe die ihm obliegenden Pflichten verletzt hat und sich entweder die gegen ihn verhängten Ordnungsstrafen als ungenügend erwiesen, oder so grobe Pflichtverletzungen vorliegen, dass die Entfernung aus dem Amte als nothwendig erscheint. Sie kann aber auch dann verfügt werden, wenn ein eigentliches Verschulden nicht besteht, aber der Verwalter aus irgend einem Grunde unfähig ist, seine Aufgabe zu erfüllen. In der Reichstagskommission (161) erklärte Regierungsrath Hagens: „dass das Gericht, wenn der Verwalter geisteskrank werden oder sterben sollte, einen anderen Verwalter ernennen könne und müsse. verstehe sich von selbst, und brauche nicht im Gesetze ausgesprochen zu werden." Dasselbe muss aber gelten, wenn die Unfähigkeit in anderen Umständen (z. B. körperlicher Krankheit oder Geschäftsunkenntniss) ihren Grund hat, und der Verwalter das Amt nicht freiwillig niederlegt. Ist der Verwalter gestorben, so kann natürlich sofort ein Nachfolger ernannt werden. In allen anderen Fällen muss aber vorher der unfähige Verwalter entlassen werden. [2]) Bis zur ersten Gläubigerversammlung, welche auf die Ernennung des Verwalters folgt, kann das Gericht denselben von Amtswegen entlassen. Nach dieser Versammlung kann die Entlassung dagegen nur auf Antrag der Gläubigerversammlung erfolgen, gleichviel, ob dieselbe wegen Pflichtverletzung oder wegen Unfähigkeit verfügt werden soll. In der Reichstagskommission wurde zwar die Frage angeregt, ob nicht für die Fälle, dass der Verwalter geisteskrank werde, dass er sich Unredlichkeiten zu Schulden kommen lasse und dergl. mehr, besondere Bestimmungen zu treffen seien. Von der Stellung eines besonderen Antrags wurde aber abgesehen, nachdem von den Regierungsvertretern hervorgehoben worden war, dass in der Regel ein Gläubigerausschuss bestellt sein werde, der die Entlassung beantragen könne, und sich in Preussen niemals ein Bedürfniss zu besonderen Bestimmungen herausgestellt habe. (K.: 161.) „Ist ein Gläubigerausschuss nicht bestellt, so kann das Gericht (nach § 85) von Amtswegen eine Gläubigerversammlung berufen."

[1]) V. von Völderndorff § 76 Bem. c. Bd. II. S. 62.

[2]) Von Wilmowski (§ 76 Bem. 1 S. 209) und Hullmann (ebendas. Bem. 4 S. 228) folgern zwar aus den Aeusserungen des Regierungsvertreters, dass im Falle der Unfähigkeit durch Geisteskrankheit die Ernennung eines anderen Verwalters erfolgen könne, ohne dass es einer Entlassung des erkrankten Verwalters bedürfe. Dieser Ansicht kann aber nicht zugestimmt werden.

(M.: 307.) In dringenden Fällen wird, wie auch in der Reichstagskommission (161) vom Abg. von Vahl bemerkt wurde, der Konkursrichter zum vorläufigen Einschreiten berechtigt sein, und insbesondere dem unredlichen Konkursverwalter bis zur definitiven Entscheidung die ihm zustehenden Befugnisse entziehen dürfen. Auch wenn die Gläubigerversammlung einen anderen Verwalter nicht gewählt hat, oder die Ernennung des gewählten Verwalters versagt wurde, hört übrigens die Befugniss des Gerichts, den Verwalter von Amtswegen zu entlassen, nach der bestimmten Fassung des Gesetzes vom Tag der Gläubigerversammlung an auf.[1])

Die Entlassung des Verwalters kann in keinem Falle erfolgen, ohne dass derselbe (mündlich oder schriftlich) mit seinen Erklärungen gehört worden ist. Nur wenn eine solche Anhörung (z. B. wegen schwerer körperlicher oder geistiger Erkrankung oder wegen Entfernung des Verwalters) unmöglich ist, kann die Entlassung ohne Weiteres verfügt werden. In der Reichstagskommission wurde daran Anstoss genommen, dass der Verwalter gehört werden müsse. Von einem Abänderungsantrag wurde aber abgesehen, nachdem Regierungsrath Hagens bemerkt hatte: „Eine gleiche Bestimmung komme vielfach in der C.-P.-O. vor und besage nur, dass der Betreffende gehört werden solle, wenn er gehört werden könne. Vorläufige Massregeln zu treffen, sei das Gericht ohnehin befugt.“ (K.: 161.) Dass dem entlassenen Verwalter und ebenso dem Gläubigerausschuss, bezw. der Gläubigerversammlung, deren Antrag zurückgewiesen wurde, die sofortige Beschwerde gegen die Entscheidung zusteht, ergibt sich aus § 66. (V. Bem. 3 zu § 66 und Bem. I. 1 zu §§ 85 ff.)

§ 77.

Der Verwalter hat Anspruch auf Erstattung angemessener baarer Auslagen und auf Vergütung für seine Geschäftsführung. Die Festsetzung der Auslagen und der Vergütung erfolgt durch das Konkursgericht.

(E.: § 77. M.: 307. K.: 62; pr. K.-O. §§ 134. 199.)

Dass der Verwalter, auch wenn er selbst Gläubiger ist, neben der Vergütung seiner angemessen verwendeten Auslagen ein Honorar beanspruchen kann, wurde in den Motiven (307) damit gerechtfertigt, dass es doch immer wesentlich fremde Geschäfte seien, welche er zu besorgen habe. Die Festsetzung der Auslagen und Gebühren, welche nach § 51 zu den Massekosten gehören, erfolgt nicht durch den Gläubigerausschuss, sondern durch das Gericht, und ist dieses an einen etwaigen Vertrag zwischen dem Verwalter und den Gläubigern, welche leicht die unabhängige Stellung des ersteren gefährden könnte (M.: 307), nicht gebunden. „Dem pflichtmässigen Ermessen des Gerichts bleibt es überlassen, die Betheiligten zuvor zu hören, sowie sonst erforderliche Ermittelungen anzustellen. Die Festsetzung des Honorars kann, da die geleisteten und noch zu leistenden

[1]) Von Völderndorff § 76 Bem. d. Bd. II. S. 62, 63.

Dienste des Verwalters sich nicht in ihren Einzelnheiten darlegen lassen, nur eine arbiträre sein. Sowohl die Leistungen des Verwalters, als der Betrag der Masse sind bei der Bestimmung des Honorars in Betracht zu ziehen. Ein absoluter Massstab lässt sich bei der grossen Mannigfaltigkeit der konkreten Fälle nicht aufstellen." (M.: 307.) Von Aufstellung eines Tarifs, wie er der pr. K.-O. beigegeben war, wurde desshalb abgesehen.

§ 78.

Der Verwalter hat bei der Beendigung seines Amts einer Gläubigerversammlung Schlussrechnung zu legen. Die Rechnung muss mit den Belegen und, wenn ein Gläubigerausschuss bestellt ist, mit dessen Bemerkungen spätestens drei Tage vor dem Termine auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Betheiligten niedergelegt werden. Der Gemeinschuldner, jeder Konkursgläubiger und der nachfolgende Verwalter sind berechtigt, Einwendungen gegen die Rechnung zu erheben. Soweit in dem Termine Einwendungen nicht erhoben werden, gilt die Rechnung als anerkannt.

(E.: § 78. M.: 308. K.: 62. 63; pr. K.-O. § 279.)

Zur Begründung und Erläuterung des § wurde in den Motiven (308) bemerkt: „Der § 78 enthält Vorschriften über die Schlussrechnung des Verwalters, welche sowohl bei der Beendigung des Verfahrens, als innerhalb desselben bei einem Personenwechsel zur Anwendung kommen sollen. Sie gehen davon aus, dass die Bemängelung der Schlussrechnung ein individuelles Recht jedes Konkursgläubigers und des Gemeinschuldners ist, dessen persönliche Ausübung ihnen nicht entzogen werden darf. Für die Gläubiger liegt hierin das vorzüglichste Mittel, sich der pflichtmässigen Beaufsichtigung des Verwalters durch den Gläubigerausschuss zu versichern. Als selbstverständlich ist ein noch gegenwärtiges Interesse zur Sache vorausgesetzt. Der vollständig befriedigte Gläubiger ist zur Rechnungsabnahme nicht mehr legitimirt. Bei einer Beendigung des Konkurses durch Akkord fällt freilich die Masse dem Gemeinschuldner zur freien Verfügung zurück; für die Gläubiger ist es aber keineswegs einerlei, in welchem Umfange dies geschieht; auch ist noch immer ein Regress derselben gegen den Verwalter aus schlechter Geschäftsführung oder unrichtiger Darstellung der Sachlage möglich; es kann desshalb nicht gebilligt werden, wenn die pr. K.-O. (§ 199) zur Rechnungsabnahme nach bestätigtem Akkorde lediglich den Gemeinschuldner beruft. Für den Fall eines Personenwechsels könnte die Vertretung des Gemeinschuldners dem neu eintretenden Verwalter überlassen bleiben, dessen selbständige Befugniss zur Monitur sich aus § 5 ergibt. Im Interesse des Letzteren, namentlich

um demselben seine eigene Schlussrechnung zu erleichtern, empfiehlt es sich aber auch, den Gemeinschuldner beizuziehen. Die übrigen Bestimmungen des § 78 bezwecken eine gründliche Information der Betheiligten und, soweit sie eine Präklusion androhen, die Sicherung des abgehenden Verwalters gegen eine Verschleppung der Rechnungsabnahme und die Abgrenzung der aus seiner Geschäftsführung geltend zu machenden Ansprüche. Die Erledigung der Streitpunkte, welche bei der Rechnungslegung sich ergeben, muss nach den allgemeinen Vorschriften im Prozesswege erfolgen."

Wenn der Verwalter gestorben oder aus anderen Gründen (z. B. zufolge einer Geisteskrankheit) nicht in der Lage ist, eine Schlussrechnung zu stellen, so können die Erben bezw. der Vormund des Verwalters, welche ein Interesse an der Entlastung wegen der geführten Verwaltung haben, die Rechnungsstellung übernehmen. Tritt der Fall ein, dass von Seite des Verwalters bezw. seiner Erben u. s. w. eine Schlussrechnung nicht erlangt werden kann, so wird es die Sache des neuen Verwalters sein, die Einnahmen und Ausgaben zusammenzustellen, um dadurch eine Grundlage für die neue Verwaltung zu gewinnen.[1]) In diesem Falle wird der frühere Verwalter durch eine Anerkennung der Rechnung gleichfalls entlastet; es wird aber diese Anerkennung, wenn die Rechnung unvollständig ist, bis zu besserer Aufklärung verweigert werden können. Abgesehen hievon wirkt die Unterlassung von Einwendungen durch die Betheiligten als Anerkennung der Schlussrechnung, welche zwar nicht die Folge hat, dass alle in der Rechnung gemachten Angaben, soweit es sich um das Verhältniss unter den Gläubigern oder zwischen diesen und dem Gemeinschuldner handelt, als richtig angesehen werden müssen, aber den Verwalter bezw. seine Erben gegen spätere Angriffe wegen der Verwaltung schützt. Der Beweis eines Irrthums oder Betrugs wird übrigens durch die Anerkennung nicht ausgeschlossen. Eine Prüfung der Schlussrechnung durch das Konkursgericht findet nicht statt. Wenn von Seite der im § erwähnten Personen die Rechnung anerkannt wird, kann also eine durch den Konkursrichter erhobene Einwendung die Entlastung nicht hindern.

§ 79.

Vor der ersten Gläubigerversammlung kann das Gericht aus der Zahl der Gläubiger oder der Vertreter von Gläubigern einen Gläubigerausschuss bestellen.

Die Gläubigerversammlung hat über die Bestellung eines Gläubigerausschusses zu beschliessen. Die Mitglieder des Gläubigerausschusses sind von der Gläubigerversammlung zu wählen. Zu Mitgliedern können Gläubiger oder andere Personen gewählt werden.

[1]) V. von Völderndorff § 78 Bem. a. Bd. II. S. 66, 67.

§ 80.

Die Mitglieder des Gläubigerausschusses haben den Verwalter bei seiner Geschäftsführung zu unterstützen und zu überwachen. Dieselben können sich von dem Gange der Geschäfte unterrichten, die Bücher und Schriften des Verwalters einsehen und den Bestand seiner Kasse untersuchen.

Der Gläubigerausschuss ist berechtigt, von dem Verwalter Berichterstattung über die Lage der Sache und die Geschäftsführung zu verlangen. Er ist verpflichtet, die Untersuchung der Kasse des Verwalters wenigstens ein Mal in jedem Monate durch ein Mitglied vornehmen zu lassen.

§ 81.

Die Mitglieder des Gläubigerausschüsses haben die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters anzuwenden.

§ 82.

Ein Beschluss des Gläubigerausschusses ist gültig, wenn die Mehrheit der Mitglieder an der Beschlussfassung Theil genommen hat, und der Beschluss mit absoluter Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst ist.

§ 83.

Die Mitglieder des Gläubigerausschusses haben Anspruch auf Erstattung angemessener baarer Auslagen und auf Vergütung für ihre Geschäftsführung. In Ermangelung einer Einigung mit der Gläubigerversammlung erfolgt die Festsetzung der Auslagen und der Vergütung durch das Konkursgericht.

§ 84.

Die durch das Gericht erfolgte Bestellung zum Mitgliede des Gläubigerausschusses kann von dem Gerichte, die durch die Gläubigerversammlung erfolgte Bestellung zum Mitgliede

des Gläubigerausschusses durch Beschluss der Gläubigerversammlung widerrufen werden.

(E.: §§ 79—84. M.: 308—313. K.: 63—68; pr. K.-O. §§ 128. 136a. 212—219.)

I.

Allgemeine Bemerkungen.

Nach der gemeinrechtlichen Praxis lag der Schwerpunkt der Verwaltung bei dem Gerichte, als dessen Organ der Kurator ungeachtet des den Gläubigern eingeräumten Vorschlagsrechts in Wirklichkeit anzusehen war und das allein dessen Geschäftsführung zu leiten und zu beaufsichtigen hatte, ja bei unbedeutenden Konkursen von der Ernennung eines Kurators ganz absehen konnte. Der Ausspruch der Gläubiger oder des von ihnen bestellten Ausschusses, deren Anhörung bei wichtigern Beschlüssen erfolgen sollte, hatte nur die Bedeutung eines der freien Prüfung des Gerichts unterliegenden Gutachtens. „Dieser Zustand befriedigte Niemanden. Mit Recht beschwerten sich die Gläubiger über ihre Zurücksetzung und Bevormundung, die Gerichte über die ihnen zugemuthete Verantwortlichkeit auf einem Gebiete, welches ausserhalb ihres Berufes liegt und auf dem sie der erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen meistentheils entbehren. Die nothwendige Folge davon war eine formalistische Behandlung der Geschäfte, welche zwar den Richter vor Regressen schützte, den materiellen Interessen der Betheiligten aber keineswegs entsprach. Die preussische Konkurs-Ordnung von 1855 erstrebte eine durchgreifende Reform. Sie ging davon aus, dass die Gläubiger an der vortheilhaften Verwaltung und Realisirung der Masse nicht nur das grösste Interesse hätten, sondern auch dazu am besten geeignet seien, ohne einer fortgesetzten vormundschaftlichen Leitung des Gerichts zu bedürfen; dass daher die Thätigkeit dieses letzteren sich im Wesentlichen auf die Anordnung der nöthigen Sicherheitsmassregeln und der vorläufigen Verwaltung, sowie auf eine allgemeine Beaufsichtigung des Verwalters zu beschränken habe, im Uebrigen aber die Masse den Gläubigern zur möglichst freien Verfügung durch Vertreter überlassen werden könne.“ (M.: 309.) Dieser Grundgedanke ist, wie in den Motiven ausführlich erörtert wurde, in den positiven Bestimmungen der pr. K.-O. nur in sehr unvollständiger Weise zur Geltung gelangt. Einestheils ging die Beaufsichtigung des Verwalters immer noch zu weit. Andererseits konnte der „Verwaltungsrath“, welcher auf Antrag der Gläubiger bestellt werden konnte, erst zu spät ins Leben treten, und war mit zu unbedeutenden Befugnissen ausgestattet. Durch die Novelle vom 12. März 1869 wurde ein sogen. „einstweiliger Verwaltungsrath“ eingeführt, welcher die Interessen der Gläubiger im ersten Stadium des Verfahrens wahrnehmen sollte, aber auch dessen Thätigkeit war lediglich eine gutachtliche. Bei Aufstellung des Entwurfs zur deutschen K.-O. glaubte man zwar an dem oben dargelegten Grundgedanken der pr. K.-O. festhalten zu müssen, aber bei deren Einrichtungen nicht stehen bleiben zu können: „Die K.-O. stellt es sich zur Aufgabe, das allseitig als richtig anerkannte Prinzip der pr. K.-O. zur konsequenten Durchführung zu bringen und in Wirklichkeit die

Gläubiger von jeder Bevormundung, die Gerichte von der Besorgung fremder Angelegenheiten zu befreien. Sie fasst den Gläubigerausschuss als ein Vertretungsorgan der Gläubiger auf, durch freie Willensbestimmung begründet und begrenzt, nicht einem öffentlichen Amts- sondern einem Mandatsverhältnisse entsprechend.“ (M.: 310.)

II.

Bestellung des Ausschusses. Ernennung der Mitglieder und Widerruf derselben.

(§§ 79 und 84.)

1.

Nach der K.-O. wird es zwar als Regel vorausgesetzt und begünstigt, dass ein Gläubigerausschuss bestellt werde. Man glaubte aber denselben nicht, wie es in Oesterreich geschehen ist, als obligatorische Einrichtung vorschreiben zu dürfen. Zunächst wurde geltend gemacht, dass sich ein Zwang zur Annahme der Wahl in den Ausschuss, der kein öffentliches Ehrenamt sei, für welches man freiwillige Hingabe und persönliche Opfer zum allgemeinen Besten verlangen dürfe, nicht rechtfertigen lasse, und in Ermangelung eines Zwanges die Befürchtung nahe liege, nicht in allen Fällen und nicht an allen Orten eine hinreichende Zahl von Personen zu finden, welche geeignet und geneigt seien, die dem Ausschuss obliegenden Funktionen zu übernehmen. Sodann wurde bemerkt, dass ein gesetzlicher Zwang zur Bestellung eines besonderen Organs der Gläubiger überhaupt nicht gerechtfertigt und ebensowenig praktisch ausführbar sei. (M.: 310.)

Nach § 79 Abs. 2 hat die Gläubigerversammlung definitiv darüber zu entscheiden, ob ein Gläubigerausschuss bestellt werden soll, und zwar ist die Entscheidung in der ersten Versammlung zu treffen. Wenn in dieser die Bestellung unterlassen wird, so kann dieselbe übrigens in einer späteren Versammlung immer noch beschlossen werden. Wird ein Ausschuss nicht bestellt, so verzichten die Gläubiger damit auf eine besondere Vertretung. Die vom Gesetze ihrem Organ zugedachte Funktion geht aber dann nicht auf das Gericht über; „die Funktionen müssen vielmehr entweder von den Gläubigern selbst wahrgenommen werden, oder, sofern die Funktionen die Selbständigkeit des Verwalters beschränken sollten, fortfallen.“ (M.: 310; §§ 121, 122.)

Bis zum Zusammentritt der Gläubigerversammlung kann das Gericht einen Ausschuss bestellen, und dieser übt dann die Funktionen aus, welche das Gesetz dem Gläubigerausschuss zuweist. Dessen Bestellung ist aber nur eine vorläufige Massregel, welche ohne Weiteres ihre Wirkung verliert, wenn die erste Gläubigerversammlung beschliesst, dass ein Ausschuss nicht bestehen solle.

2.

In welcher Weise der Gläubigerausschuss zusammenzusetzen ist, hat die Gläubigerversammlung ganz frei zu bestimmen. Sie ist weder bezüglich der Anzahl noch bezüglich der Auswahl der Mitglieder beschränkt; insbesondere ist es nicht nothwendig, dass die Mitglieder des Ausschusses Gläubiger oder Vertreter von solchen sind, oder dass sie am Sitze des Konkursgerichts wohnen.

Die von der Gläubigerversammlung gewählten Mitglieder bedürfen weder einer gerichtlichen Bestätigung, noch können sie vom Gericht entlassen werden. Auch Ersatzmänner, welche für den Fall der Nichtannahme oder der Niederlegung des Mandats von Seite der gewählten Mitglieder in den Ausschuss eintreten, wird die Gläubigerversammlung wählen dürfen. [1]) Ebenso muss es als zulässig angesehen werden, dass im Falle der Bestellung mehrerer Konkursverwalter (§ 71) auch mehrere Gläubigerausschüsse bestellt werden. Es ist dies zwar nicht ausdrücklich gestattet, aber auch nicht untersagt, und es spricht dafür der Geist des Gesetzes. Da der Gläubigerausschuss in der Hauptsache nur den Verwalter zu überwachen und zu unterstützen hat, liegt es in der Natur der Sache, dass nöthigenfalls jedem Verwalter ein besonderer Ausschuss zur Seite gestellt werden kann. [2])

3.

Den von der Gläubigerversammlung gewählten Ausschussmitgliedern, welche als Bevollmächtigte der Gläubiger anzusehen sind, kann durch einfachen Beschluss der Versammlung ihre Vollmacht entzogen werden, ohne dass es hiezu einer besonderen Begründung des Beschlusses, oder auch nur einer vorherigen Anhörung der Ausschussmitglieder bedarf. In den Motiven (311) wurde die Vorschrift des § 84 damit gerechtfertigt, dass es nicht zweckmässig sein würde „die Gläubiger einem Mitgliede ihres Ausschusses gegenüber auf die Formen eines Entlassungsverfahrens zu verweisen, und dem Mitgliede den mit einer förmlichen Entlassung verbundenen Makel anzuheften.“ In gleicher Weise, wie die Gläubigerversammlung ist das Gericht befugt, die von ihm vorgenommenen Ernennungen zu widerrufen. Jedoch dauert dieses Recht nur solange, bis die Gläubigerversammlung zusammengetreten ist und über die Bestellung eines Ausschusses Beschluss gefasst hat. Beschliesst diese, dass ein Gläubigerausschuss bestehen und aus den vom Gerichte vorläufig ernannten Personen gebildet sein solle, so sind die ernannten Ausschussmitglieder von da an als Bevollmächtigte der Gläubigerversammlung anzusehen, und es hat nur diese, nicht das Gericht das Recht die Ernennung zu widerrufen. [3])

III.

Befugnisse und Pflichten des Gläubigerausschusses.

(§§ 80, 81 und 83.)

1.

„Die allgemeinen Funktionen des Gläubigerausschusses und der Grad des von ihm zu vertretenden Versehens sind in den §§ 80 und 81 angegeben. Der Ausschuss soll nicht über, sondern neben dem Verwalter stehen, diesen aber fortwährend sowohl kontroliren als unterstützen. In den Einzelbestimmungen

[1]) V. von Völderndorff § 79 Bem. g. Bd. II S. 79.

[2]) V. von Völderndorff § 79 Bem. f. II. Bd. II. S. 76 ff. und Wengler § 73 Bem. 3 S. 452.

[3]) V. von Völderndorf § 84 Bem. a. Bd. II. S. 91.

der K.-O. ist Sorge getragen, dass in keinem Stadium des Verfahrens dem Gläubigerausschuss die Gelegenheit zu erspriesslicher Thätigkeit fehle. Als eine überwachende äussert sich dieselbe, ausser der allgemeinen Befugniss, von dem Verwalter Berichterstattung zu verlangen, und der allgemeinen Verpflichtung, die Kasse desselben alle Monate zu revidiren (§ 80) auch im Einzelnen beim Geldverkehr und bei der Rechnungslegung (§§ 78, 124), sowie in der Befugniss, zu dem Antrage auf Entlassung des Verwalters (§ 76). Zu besonders wichtigen oder ungewöhnlichen Dispositionen soll der Verwalter die Genehmigung des Gläubigerausschusses einholen (§§ 121, 122) und eine sehr einflussreiche Stellung ist dem Ausschuss in dem Vertheilungsverfahren (§§ 138, 147) und bei der Behandlung von Vergleichsvorschlägen (§§ 163, 164, 170) eingeräumt." (M.: 311.) Aus den Vorschriften des § 80 ergibt sich, dass der Verwalter verpflichtet ist, die Gelder der Masse in einer besonderen, von der seinigen getrennten, Kasse aufzubewahren, weil sonst eine Untersuchung des Kassenbestandes nicht möglich wäre. Sollte sich der Verwalter weigern, dem Gläubigerausschuss die Kasse oder seine Bücher und Schriften vorzuzeigen, oder demselben in anderer Weise die Erfüllung seiner Pflichten unmöglich machen, so müsste auf Grund des § 76 gegen ihn vorgegangen werden.

Hinsichtlich der Vorschrift des § 81 ist auf die Erläuterungen zu § 74 zu verweisen, der dieselbe Bestimmung in Beziehung auf den Verwalter enthält. In welcher Weise die Mitglieder des Gläubigerausschusses im Falle eines Versehens haften, ist in der K.-O. nicht bestimmt, ist also nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu beurtheilen. Im Allgemeinen muss angenommen werden, dass die verantwortlichen Mitglieder sammtverbindlich haften. Steht eine Unterlassung in Frage, so können diejenigen Ausschussmitglieder nicht haftbar gemacht werden, welchen ein persönliches Verschulden nicht zur Last fällt, sondern welche durch Krankheit, Abwesenheit u. s. w. entschuldigt sind. [1]) Aber auch im Falle eines Beschlusses werden diejenigen Mitglieder des Ausschusses nicht verantwortlich gemacht werden können, welche gegen den in Frage stehenden Beschluss gestimmt haben. [2])

Soweit eine Haftbarkeit begründet ist, kann dieselbe nicht bloss von den Gläubigern, sondern auch vom Gemeinschuldner geltend gemacht werden.

[1]) Dies gilt auch bezüglich der Mitglieder des Vorstands einer Aktiengesellschaft, deren Haftbarkeit durch Art. 241 H.-G.-B. geregelt ist. V. Renaud: Recht der Aktiengesellschaft Aufl. II. § 62 S. 603; Anschütz-Völderndorff: Kommentar zum H.-G.-B. Art. 241 Bd. II. S. 532 ff.; Puchelt: H.-G.-B. Bd. I. S. 490 ff.

[2]) So auch Renaud (a. a. O. § 62 S. 605) bezüglich der Haftbarkeit der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft. Von Völderndorff (§ 81 Bem. I. Bd. II. S. 84) ist zwar der Meinung, dass ein Mitglied, das überstimmt werde, wenn es nicht sofort austrete, sich stillschweigend der Ansicht der Mehrheit unterwerfe und damit die Folgen der ohne sein Zuthun beschlossenen Massregel auf sich nehme, sonach selbst ein Protest nicht gegen die Haftung schütze, sondern nur der Austritt. Es ist aber nicht abzusehen, warum ein Mitglied, das korrekt verfahren ist, und dies in genügender Weise festgestellt hat, verpflichtet sein soll, aus dem Ausschuss auszutreten. Die Unterlassung des Austritts kann ebensowenig als Billigung des gefassten Beschlusses aufgefasst werden, wie der Eintritt eines neugewählten Mitgliedes.

Auch diesem gegenüber sind die Mitglieder des Gläubigerausschusses verpflichtet, den übernommenen Obliegenheiten nachzukommen.[1])

2.

Dass den Mitgliedern des Gläubigerausschusses nicht bloss ein Anspruch auf Ersatz ihrer Auslagen sondern abweichend von den meisten Gesetzgebungen auch ein solcher auf Belohnung ihrer Geschäftsthätigkeit zuerkannt worden ist, wurde in den Motiven (311) dadurch gerechtfertigt, dass die Mitgliedschaft im Ausschusse, dessen Bestellung zudem auf dem freien Willen der Gläubiger beruhe, nicht als ein Ehrenamt aufzufassen sei, und dass auch nur so eine eifrige Geschäftsthätigkeit erwartet und ein entsprechender Grad der Sorgfalt verlangt werden könne. „Die Festsetzung der Höhe der Vergütung und der Auslagen musste der freien Vereinbarung der Kontrahenten verbleiben; erst wenn eine Einigung des Ausschussmitgliedes mit einer Gläubigerversammlung nicht zu erreichen ist, kann die Entscheidung durch das Konkursgericht eintreten" (M.: 311). In der Reichstagskommission wurden zwar verschiedene Abänderungsanträge gestellt, nach welchen den Ausschussmitgliedern ein Honorar nur, falls solches ausdrücklich bedungen worden, zustehen und ausserdem die Herabsetzung der bedungenen Vergütung durch das Gericht gestattet sein oder die Vergütung lediglich durch das Konkursgericht festgesetzt werden sollte. Es blieb aber bei der Fassung des Entwurfs.

Nach dieser haben die Ausschussmitglieder auf eine Vergütung für ihre Thätigkeit in allen Fällen Anspruch, sofern sie nicht auf dieselbe ausdrücklich verzichtet haben. Ist eine Einigung mit der Gläubigerversammluug über die Höhe dieses Honorars zu Stande gekommen, so hat es hiebei in der Regel sein Bewenden, da dem Gericht ein Ermässigungsrecht nicht zusteht. Den überstimmten Gläubigern und dem Verwalter steht aber nach § 91 das Recht zu, in der Versammlung selbst zu beantragen, dass die Ausführung des Beschlusses untersagt werde. (Bem. IV. zu §§ 85 ff.) Insofern kann also das Gericht in die Lage kommen, der Einigung ihre Wirkung zu entziehen. Wenn eine Einigung nicht zu erreichen ist, wird die Vergütung durch das Gericht nach freiem Ermessen festgesetzt.

IV.

Geschäftsordnung des Gläubigerausschusses. Art der Beschlussfassung.

(§ 82.)

„Ueber die Geschäftsordnung des Gläubigerausschusses bestimmte Vorschriften zu ertheilen, vermeidet die K.-O. Sie beschränkt sich darauf, in leicht erkennbarer Weise die Bedingungen festzusetzen, von welchen die Gültigkeit der

[1]) Auch bezüglich des Vorstandes einer Aktiengesellschaft wird von den meisten Schriftstellern angenommen, dass derselbe nicht bloss der Gesellschaft, sondern auch den Gläubigern, ja sogar Dritten gegenüber hafte. V. Renaud, a. a. O. § 64 S. 618; Weinhagen, Recht der Aktiengesellschaften Art. 241 S. 247; Anschütz-Völderndorff, a. a. O. S. 532 ff.; Puchelt, a. a. O. S. 490 ff.; Koch, H.-G.-B. Art. 241 Anm. 129 S. 372. A. M. ist nur Hahn § 241 Bd. I. S. 662.

Beschlüsse abhängen soll, überlässt es aber im Uebrigen dem Gläubigerausschuss, seine Geschäftsordnung selbst zu regeln. Die Form der Berufung, die Leitung der Verhandlungen, die Art der Abstimmung, welche unbedenklich auch auf schriftlichem Wege erfolgen kann, die Beurkundung, Mittheilung und Ausführung der Beschlüsse, das Alles sind Dinge, welche der Autonomie der Betheiligten nicht entzogen werden dürfen, durch welche aber auch die Gültigkeit eines Beschlusses nicht in Frage gestellt werden darf. Die Gültigkeit soll nur davon abhängen, ob die beschliessenden Mitglieder die Mehrheit der für den Ausschuss bestimmten Personen bilden, und ob der Beschluss mit der gesetzlich vorgeschriebenen Mehrheit gefasst ist." (M.: 313.) Nach dem Entwurf sollte die einfache Stimmenmehrheit genügen. Die Reichstagskommission beschloss aber, dass absolute Stimmenmehrheit vorhanden sein müsse. Zur Vermeidung von Zweifeln wurde von derselben, obgleich Regierungsrath Hagens einen derartigen Beschluss für „unnöthig" erklärte, ausdrücklich bestimmt, dass nur die „abgegebenen" Stimmen bei Berechnung der Mehrheit in Betracht kommen. (K.: 63.) Für den Fall, dass Stimmengleichheit besteht, wurde absichtlich eine Bestimmung nicht getroffen, da man es weder für zweckmässig hielt, dem Vorsitzenden in diesem Falle die Entscheidung zu übertragen, noch den Konkursrichter oder den Verwalter herbeiziehen und den Ausschlag geben lassen wollte. „Tritt der offenbar seltene Fall ein, dass eine absolute Mehrheit nicht zu erzielen ist, so unterbleibt entweder der angestrebte Beschluss, oder der Ausschuss wird, wenn ein Beschluss gefasst werden muss, sich über die Berufung einer Gläubigerversammlung (§ 95) sicher verständigen. Die Gläubigerversammlung allein kann bei Meinungsverschiedenheiten ihres Ausschusses den Ausschlag geben; gerade so, wie sie berechtigt ist, denselben an Instruktionen zu binden, deren Ueberschreitung die Mitglieder den Gläubigern verantwortlich machen." (M.: 313.)

§ 85.

Ueber die Berufung der Gläubigerversammlung beschliesst das Gericht. Die Berufung muss erfolgen, wenn sie von dem Verwalter, dem Gläubigerausschusse oder von mindestens fünf Konkursgläubigern, deren Forderungen nach der Schätzung des Gerichts den fünften Theil der Schuldenmasse erreichen, beantragt wird.

Die Berufung muss öffentlich bekannt gemacht werden. Der öffentlichen Bekanntmachung bedarf es nicht, wenn in einer Gläubigerversammlung eine Vertagung der Verhandlung angeordnet wird.

§ 86.

Die Gläubigerversammlung findet unter der Leitung des Gerichts statt.

Die Beschlüsse der Gläubigerversammlung werden mit absoluter Mehrheit der Stimmen gefasst. Für die Wahl der Mitglieder des Gläubigerausschusses genügt relative Mehrheit der Stimmen.

Die Stimmenmehrheit ist nach den Forderungsbeträgen zu berechnen. Bei Gleichheit der Summen entscheidet die Zahl der Gläubiger.

§ 87.

Zur Theilnahme an den Abstimmungen berechtigen die festgestellten Konkursforderungen. In Ansehung einer streitig gebliebenen Forderung wird bei der Prüfung mit den Parteien erörtert, ob und zu welchem Betrage ein bleibendes Stimmrecht für dieselbe zu gewähren ist. In Ermangelung einer Einigung entscheidet das Konkursgericht. Das Gericht kann die Entscheidung auf den weiteren Antrag einer Partei abändern.

Ob und zu welchem Betrage nicht geprüfte Konkursforderungen zum Stimmen in einer Gläubigerversammlung berechtigen, entscheidet auf den Widerspruch eines Konkursgläubigers oder des Verwalters das Gericht.

Eine Anfechtung der Entscheidungen findet nicht statt.

§ 88.

Ob und zu welchem Betrage Forderungen, für welche abgesonderte Befriedigung beansprucht wird, in Ansehung ihres muthmasslichen Ausfalls, sowie Konkursforderungen unter aufschiebender Bedingung zum Stimmen in einer Gläubigerversammlung berechtigen, entscheidet auf den Widerspruch eines Konkursgläubigers oder des Verwalters das Gericht.

Eine Anfechtung der Entscheidung findet nicht statt.

§ 89.

Gezählt werden nur die Stimmen der in der Gläubigerversammlung erschienenen Gläubiger. Die nicht erschienenen Gläubiger sind an die Beschlüsse gebunden.

§ 90.

Der Gegenstand, über welchen in der Gläubigerversammlung ein Beschluss gefasst werden soll, muss bei der Berufung derselben öffentlich bekannt gemacht werden.

§ 91.

Das Gericht hat die Ausführung eines von der Gläubigerversammlung gefassten Beschlusses auf den in der Gläubigerversammlung gestellten Antrag des Verwalters oder eines überstimmten Gläubigers zu untersagen, wenn der Beschluss dem gemeinsamen Interesse der Konkursgläubiger widerspricht.

(E.: §§ 85—91. M.: 313—317. K.: 68—70.)

I.

Befugnisse der Gläubigerversammlung. — Berufung derselben.

(§§ 85 und 90.)

1.

„Durch die Einsetzung eines verantwortlichen Gläubigerausschusses war es möglich, die Gesammtheit der Gläubiger von der eigentlichen Verwaltung fernzuhalten. Nichtsdestoweniger musste das Gesetz eine Reihe von Gegenständen theils aus Gründen, die in der Natur der Sache liegen, theils wegen ihrer hervorragenden Wichtigkeit der unmittelbaren Entscheidung durch die Gläubiger vorbehalten. Ausser der Einwirkung auf die Ernennung und Entlassung des Verwalters, sowie dem Verhältnisse zum Gläubigerausschusse sind hier vornehmlich die allgemeine Bestimmung über die Art der Geschäftsführung, der Hinterlegung oder Anlegung der Geldbestände, über eine Unterstützung des Gemeinschuldners (§ 120), die definitive Annahme oder Ablehnung eines Akkordvorschlags (§ 169) und die Beschlussfassung über das Schicksal der auf gewöhnlichem Wege nicht zu verwerthenden Vermögensstücke (§ 150) zu erwähnen. Sowohl die hierauf bezüglichen Rechte, als die von den Mehrheitsbeschlüssen unabhängigen Befugnisse, welche den einzelnen Gläubigern im Prüfungsverfahren, bei der Rechnungslegung u. s. w. zustehen (§§ 78, 130, 132) werden in der Gläubigerversammlung ausgeübt.“ (M.: 313.)

Soweit die Gläubigerversammlung in der angegebenen Weise thätig wird, erscheint sie als ein besonderes Organ im Konkursverfahren und vertritt insofern die Interessen sämmtlicher Gläubiger, welche an die in der Gläubigerversammlung gefassten Beschlüsse gebunden sind. (Bem. IV.) Es wird aber dadurch nichts an dem von der K.-O. festgehaltenen Grundsatz geändert, dass die Gläubigerschaft als solche nicht eine selbständige Körperschaft bildet, sondern zwischen

den am Verfahren betheiligten Gläubigern nur eine thatsächliche Gemeinschaft besteht. (Bem. I. 3 zu § 2.) Soweit das Gesetz nicht ausdrücklich die Beschlüsse der Gläubigerversammlung für entscheidend erklärt, haben etwaige Vereinbarungen der Gläubiger, welche sich zur Berathung über ihre Interessen versammeln, überhaupt keine rechtliche Bedeutung, und auch innerhalb der vom Gesetz gezogenen Grenzen können Beschlüsse einer Gläubigerversammlung nur dann die im Gesetz bestimmten Wirkungen haben, wenn dieselbe vom Gericht in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise berufen wurde und unter Leitung desselben getagt hat. Wird die Ausführung eines von der Gläubigerversammlung gefassten Beschlusses untersagt, oder die Ernennung des gewählten Verwalters verweigert, so muss jedem Gläubiger, der bei dem Beschlusse mitgewirkt hat, das Recht der Beschwerde zustehen. (Bem. 3 zu § 66.) Es muss aber auch als zulässig angesehen werden, dass die Gläubigerversammlung als solche beschliesst, Beschwerde zu erheben, und mit Durchführung derselben einzelne Gläubiger beauftragt. Stimmt die Gläubigerversammlung nachträglich der auf Grund des § 91 getroffenen Verfügung des Gerichts zu, bezw. nimmt sie den gefassten Beschluss zurück, so muss dies die Wirkung haben, dass eine Beschwerde gegen den Gerichtsbeschluss überhaupt nicht mehr stattfindet. Die hiebei überstimmten Gläubiger haben aber das Recht, nun ihrerseits die Untersagung der Ausführung des Beschlusses zu beantragen, und gegen einen zurückweisenden Beschluss Beschwerde zu erheben.[1])

2.

„Die Gläubigversammlung muss, abgesehen von dem Falle der Vertagung, von dem Gericht durch öffentliche Bekanntmachung berufen sein (§ 85 Abs. 2); der Gegenstand der Verhandlung muss aus der Bekanntmachung hervorgehen (§ 90) und die Verhandlung selbst unter Leitung des Gerichts stattfinden (§ 86 Abs. 1). Die Publikation der Versammlung und ihres Zwecks ist erforderlich, damit jeder Betheiligte in den Stand gesetzt werde, an der Versammlung theilzunehmen und sich auf dieselbe vorzubereiten; die Leitung des Gerichts zur Erledigung vorkommender Legitimationsstreitigkeiten und zur urkundlichen Feststellung der Verhandlungsresultate. Eine Versammlung, bei welcher diese Veraussetzungen nicht zusammentreffen, kann für ihre Verhandlung keinerlei rechtliche Wirkungen in Anspruch nehmen. Die Berufung einer Gläubigerversammlung ist für eine Reihe von Fällen in der K.-O. ausdrücklich vorgeschrieben (§§ 102, 150, 166); sie kann ausserdem jederzeit von Amtswegen geschehen; der § 185 trägt aber zugleich Vorsorge, dass sie geschehen muss, wenn darauf vom Verwalter, oder vom Gläubigerausschusse oder einer erheb-

[1]) Von Völderndorff meint zwar (§ 85 Bem. a. Bd. II. S. 94), die Gläubigerversammlung könne, da sie keine Körperschaft bilde, als Beschwerdeführerin selbst dann nicht auftreten, wenn der Richter auf Grund des § 91 die Ausführung eines von der Versammlung gefassten Beschlusses untersage; vielmehr sei es Sache der einzelnen Gläubiger, die Beschwerde zu erheben, die hienach auch gegen einen Beschluss der Gläubigerversammlnng eintreten könne. Dieser Ansicht kann jedoch nicht zugestimmt werden.

lichen Anzahl von Konkursgläubigern angetragen wird." (M.: 313, 314.) Die Vorschrift des § 85 Abs. 2, nach welcher im Falle der Vertagung eine öffentliche Bekanntmachung nicht erforderlich ist, hat in der Erwägung ihren Grund, dass im Falle der Vertagung gleichzeitig ein neuer Termin angesetzt werde, und kann nur unter dieser Voraussetzung Anwendung finden. In diesem Sinne bemerkte Regierungsrath Hagens: „Wenn ein Termin nicht gleichzeitig angesetzt worden sei, müsse natürlich öffentliche Bekanntmachung stattfinden. Im Uebrigen schlügen hier die Vorschriften der §§ 195 und 205 ff. C.-P.-O. ein." (K.: 68.) Auch falls bei der Vertagung gleichzeitig ein neuer Termin festgesetzt wurde, wird übrigens die Bekanntmachung nur dann unterbleiben dürfen, wenn der Gegenstand der Beschlussfassung derselbe bleibt. Wird gleichzeitig mit der Vertagung beschlossen, in der späteren Versammlung noch über andere Gegenstände zu beschliessen, so müssen diese nach § 90 bekannt gemacht werden und muss mit Rücksicht darauf eine neue Einladung der Gläubiger erfolgen. Die Vorschrift des § 90 muss auch dann zur Anwendung kommen, wenn die K.-O. ausdrücklich vorschreibt, dass in einer bestimmten (z. B. der ersten) Gläubigerversammlung über gewisse Gegenstände Beschluss zu fassen ist. Die Gläubiger haben ein Recht auf die Mittheilung des Berathungsgegenstands. Auch kann nicht vorausgesetzt werden, dass dieselben von den Vorschriften der K.-O. genaue Kenntniss haben.[1])

II.

Leitung der Versammlung. Beschlussfassung.

(§§ 86 und 89.)

1.

Zur Leitung der Gläubigerversammlung ist nur das Gericht berechtigt. Es hat sonach, da die Vorschriften der C.-P.-O. über die Leitung der Verhandlung insbesondere die des § 127 entsprechende Anwendung finden (Bem. 1 und 2 zu § 65), der Amtsrichter die Versammlung zu eröffnen und zu schliessen und das Wort zu ertheilen und nöthigenfalls zu entziehen. Ebenso hat derselbe für eine erschöpfende Erörterung der auf der Tagesordnung stehenden Fragen Sorge zu tragen, und erforderlichen Falles die Sitzung zur Fortsetzung der Verhandlung zu bestimmen. Weiter ist dem Richter die Aufrechterhaltung der Ordnung in der Versammlung übertragen und kann derselbe die hiezu erforderlichen Anordnungen treffen, und wenn denselben zuwidergehandelt wird, die in §§ 177 ff. G.-V.-G. vorgesehenen Strafen verhängen.[2]) Endlich ist es Sache des Gerichts, für eine protokollarische Feststellung der in der Versammlung gestellten Anträge und der gefassten Beschlüsse gemäss §§ 145 ff. C.-P.-O. zu sorgen. (Bem. 1 und 2 zu § 65.) Die in der Reichstagskommission gestellte Frage, ob die Verhandlung öffentlich sein solle, wurde von Regierungsrath Hagens mit Recht verneint, weil § 170 G.-V.-G. nur bestimme, dass die Verhandlung vor dem erkennenden Gericht in öffentlicher Sitzung erfolgen müsse. „Die K.-O. kenne

[1]) V. von Völderndorff § 90 Bem. b. Bd. II. S. 123, 124.

[2]) V. von Völderndorff § 86 Bem. a. Bd. II. S. 102.

solche Verhandlungen nicht, habe kein erkennendes Gericht und kein Urtheil. Von einer Oeffentlichkeit könne daher nur insoweit die Rede sein, als jeder Gläubiger, jeder Interessent Zutritt habe. Dem allgemeinen Publikum sei ein Recht auf Zutritt nicht gegeben." (K.: 68, 69.) Auch dem Gericht steht nicht das Recht zu, unbetheiligte Personen zur Versammlung zuzulassen. Vielmehr müssen dieselben entfernt werden, wenn irgend ein Betheiligter es verlangt. [1]) Der Gemeinschuldner hat das Recht, allen Gläubigerversammlungen beizuwohnen. Auch wird diesem wie den stimmberechtigten Gläubigern das Recht zustehen, einen Beistand in die Versammlung mitzubringen. (§ 96 C.-P.-O.)

2.

Damit ein gültiger Beschluss zu Stand kommt, wird in der Regel vorausgesetzt, dass derselbe mit absoluter Mehrheit gefasst worden ist Nur wenn es sich um die Wahl des Gläubigerausschusses handelt, genügt, weil die Bestellung desselben möglichst erleichtert werden soll, die relative Stimmenmehrheit. Dies gilt aber nur, wenn es sich um die Wahl selbst, nicht wenn es sich um die Entlassung eines Mitgliedes, oder um die Frage handelt, ob überhaupt ein Ausschuss bestellt werden soll. Ob nach Köpfen abgestimmt werden, oder der Betrag der Forderungen entscheidend sein, oder ein Zusammentreffen von Personen- und Summenmehrheit gefordert werden solle, wurde bei Aufstellung des Entwurfs erwogen. Man entschied sich im Wesentlichen für die Nothwendigheit der Summenmehrheit, weil sich das Interesse wie das Recht der Theilnahme der Gläubiger am Verfahren durch die Höhe der Forderungen bestimme, und desshalb die Ueberstimmung der kleinen Gläubiger durch die grossen Summen eine geringere Härte sei, als die Majorisirung der grossen Gläubiger durch die Kopfmajorität. (M.: 316.) Nur in dem seltenen Falle der Summengleichheit hat die Kopfzahl den Ausschlag zu geben. Besondere, von denen des § abweichende, Vorschriften gelten, soweit es sich um die Annahme eines Zwangsvergleichs handelt. (§ 169.)

Bei der Berechnung der Mehrheit sind nach § 89, welcher dem Konkursverfahren die Vortheile der Unmittelbarkeit sichern soll, nur die Stimmen der in Person oder durch einen Bevollmächtigten erschienenen Gläubiger zu berücksichtigen (§ 89). Schriftliche Erklärungen nicht vertretener Gläubiger können nicht beachtet werden. Auch wenn ein Gläubiger erschienen ist, sich aber der Abstimmung enthält, muss seine Stimme, bezw. seine Forderung bei Berechnung der Summe, welche die absolute Mehrheit bildet, ausser Acht gelassen werden. Im § 89 wird zwar nicht, wie in § 82, ausdrücklich gesagt, dass nur die „abgegebenen" Stimmen in Betracht kommen. Es ist jedoch nicht anzunehmen, dass in den beiden §§ die absolute Mehrheit verschieden berechnet werden soll, vielmehr klar, dass es lediglich übersehen wurde, hier einen ähnlichen Zusatz zu

[1]) V. dagegen von Völderndorff (§ 86 Bem. a. II. Bd. II. S. 103, 104), der dem Richter die Befugniss zuspricht, auch Nichtbetheiligten Zutritt zu gestatten, und bemerkt, wenn Gläubiger ohne Erfolg die Ausweisung Unbetheiligter beantragten und desshalb die Versammlung verliessen, müsse § 89 auf sie Anwendung finden.

machen, wie er bei § 82 erfolgte, ohne dass dadurch der Sinn geändert wurde. (Bem. IV. zu §§ 79 ff.) In den Motiven (316) wurde auch ausdrücklich bemerkt, dass nur „die im Termine persönlich oder durch legitimitirte Vertreter abgegebenen Stimmen" zählen sollen und es spricht der Grund des Gesetzes (Bem. IV.) in derselben Weise für die Nichtberücksichtigung der nichtstimmenden, wie für die der nichterschienenen Gläubiger. Auch von ihnen ist anzunehmen, dass sie sich den Beschlüssen der an der Abstimmung theilnehmenden Gläubiger stillschweigend unterwerfen. [1])

III.

Stimmberechtigung der Gläubiger.

(§§ 87 und 88.)

1.

Das Recht der Theilnahme an der Gläubigerversammlung steht nach § 87 nur den „Konkursgläubigern" (Bem. 4 zu § 2), nicht den Aussonderungsberechtigten und Massegläubigern zu, und auch die Absonderungsberechtigten, deren Theilnahmerecht durch § 88 besonders geregelt wird (Bem. III. 2), haben nur insoweit Anspruch auf Theilnahme an der Versammlung, als sie Konkursgläubiger sind. (Bem. 1—3 zu § 57.) „Aber auch den Konkursgläubigern konnte ein unbedingtes Stimmrecht nur insoweit eingeräumt werden, als ihre Forderungen festgestellt d. h. in dem Konkursverfahren zur Prüfung gelangt und entweder unstreitig geblieben oder dadurch unstreitig geworden sind, dass ein erhobener Widerspruch durch Zurücknahme oder Vergleich oder durch Spezialprozess beseitigt worden ist (§ 132). Die streitig gebliebenen Forderungen, mag ihre Feststellung betrieben werden oder nicht, konnte man nicht unbedingt zulassen, ohne Gefahr zu laufen, die wichtigsten Angelegenheiten durch offenbar unberechtigte Personen entschieden zu sehen. Man konnte selbst für solche Forderungen, für welche der Gläubiger vor der Konkurseröffnung einen vollstreckbaren Titel gegen den Gemeinschuldner oder von ihm erlangt hatte, keine Ausnahme machen; es würde sonst für dieses überaus umfassende, oft entscheidende, Gebiet der Gläubigerrechte das Prüfungs- und Anfechtungsrecht der übrigen Gläubiger vereitelt und dem Gemeinschuldner die Thür geöffnet worden sein, bereitwilligen Personen bestimmenden Einfluss auf die Beschlussfassungen zu verschaffen. Andrerseits wäre eine absolute Ausschliessung streitiger Forderungen ebenso bedenklich gewesen, da sie ohne allen rechtlichen Grund aus frivolen oder böswilligen Motiven bestritten sein können. Man musste desshalb nach einem vermittelnden Auswege suchen und dieser konnte nur in dem freien Ermessen des Gerichts gefunden werden." (M.: 314.) Dass unter den „festgestellten" Forderungen nicht solche Forderungen gemeint sind, welche durch rechtskräftige Entscheidung anerkannt wurden, sondern der Ausdruck in dem Sinne zu verstehen ist, in welchem er in § 132 gebraucht wird, sollte nach einem Beschlusse der Reichstagskommission dadurch klargestellt werden, dass vor „festgestellten Forde-

[1]) So auch von Völderndorff § 86 Bem. c. Bd. II. S. 106.

rungen" die Worte: „im Konkursverfahren" eingeschaltet würden. Durch die Redaktionskommission wurde dann die jetzige Fassung („festgestellte Konkursforderungen") gewählt, welche offenbar auf § 132 verweisen soll. (K.: 70.) Ob die „festgestellten" Forderungen bevorrechtet sind oder nicht, ist einerlei. Sofern die mit einem Vorrecht versehene Forderung nicht beanstandet wird, hat der Gläubiger ebensogut Anspruch auf Theilnahme, wie wenn das Vorrecht nicht bestände. (K.: 68.) Er kann nicht desshalb zurückgewiesen werden, weil er vollständig befriedigt werde und desshalb kein gegenwärtiges Interesse an der Sache habe. Nur wenn eine vollständige Befriedigung stattgefunden hat, der Bevorrechtigte also nicht mehr Konkursgläubiger ist, kann er nicht mehr an der Gläubigerversammlung theilnehmen. [1])

Bezüglich der nicht festgestellten Forderungen wird in § 87 unterschieden, ob sie bei der Prüfung streitig geblieben oder noch gar nicht geprüft worden sind. In dem einen, wie in dem andern Falle muss der Gläubiger mit seiner ganzen Forderung zur Abstimmung zugelassen werden, wenn von keiner Seite Widerspruch hiegegen erhoben wird. Ferner hat, wenn ein solcher Widerspruch erfolgt, immer das Gericht darüber zu entscheiden, ob und zu welchem Betrage ein Stimmrecht zu bewilligen ist. Das Verfahren und die Wirkung des im Stimmrecht gewährenden Beschlusses ist jedoch in den beiden Fällen verschieden. Wenn es sich um eine nicht geprüfte Forderung handelt, kommt es nur darauf an, ob ein Konkursgläubiger oder der Verwalter gegen die Zulassung Widerspruch erhebt. Ist dies der Fall, so findet eine Verhandlung über den Betrag des Stimmrechts nicht statt, sondern es entscheidet das Gericht über die Frage der Zulassung nach allen Richtungen hin ganz frei. Die Entscheidung wirkt aber nur für diejenige Versammlung, in welcher der Widerspruch erhoben worden ist. Steht eine streitig gebliebene Forderung in Frage, so ist bei Gelegenheit der Prüfung zwischen den streitenden Theilen d. h. zwischen dem Gläubiger, dessen Forderung bestritten wird, und den Personen, von welchen die Bestreitung ausgeht (§ 132), zugleich über die Frage zu verhandeln, ob und in welcher Weise der Gläubiger zur Abstimmung berechtigt ist. Kommt eine Einigung zu Stand, so ist dieselbe für die Betheiligten und für das Gericht bindend und bleibt in Kraft, solange die Forderung streitig ist, d. h. bis zu dem Zeitpunkt, in welchem rechtskräftig festgestellt ist, ob und für welchen Betrag die Forderung zu Recht besteht. Den Gläubigern, welche an dem Streit über die Existenz oder die Höhe der Forderung nicht betheiligt sind, steht ein Recht des Widerspruchs nicht zu. Sie sind nicht „Parteien" im Sinne des § 87 Abs. 1. „In Ermangelung einer Einigung wird unter dem unmittelbaren Eindruck der Prüfungsverhandlungen und der von den Betheiligten etwa beigebrachten Beweise und Bescheinigungen der Richter am besten befähigt sein, ohne jeden Aufenthalt für die Sache eine angemessene Entscheidung zu treffen. Es wird dadurch die nothwendige Grundlage für alle späteren Verhandlungen gewonnen und ein besonderes, lediglich auf den Akkord berechnetes Zwischenverfahren erübrigt. In

[1]) V. von Sarwey § 87 Bem. 1 S. 472; von Völderndorff ebendas. Bem. II. Bd. II. S. 110 ff. A. M. ist Hullmann § 87 Bem. 2. S. 233.

diesem Sinne spricht die K.-O. (§ 87 Abs. 1) von einem „bleibenden“ Stimmrecht. Eine spätere Abänderung der den derzeitigen Umständen entsprechend getroffenen Entscheidung auf den weiteren Antrag einer Partei und auf Grund neuer Anführungen und Momente ist keineswegs ausgeschlossen. Im Uebrigen erschien es nicht als angemessen, die Stimmberechtigung an bestimmte Bedingungen (Bescheinigung, Affirmation u. s. w. u. Bayern Art. 1281) zu knüpfen und dadurch das freie Ermessen des Gerichts einzuschränken.“ (M.: 315.) In Beziehung auf den Umstand, dass das Gericht die Entscheidung abändern könne, bemerkte Hullmann in der Reichstagskommission: „Dies sei doch wohl hauptsächlich dahin zu verstehen, dass der Richter die Entscheidung zurückziehen könne, wenn sich der Sachstand geändert habe.“ Daraufhin bestätigte Regierungsrath Hagens zwar, dass zu einer Abänderung meist eine veränderte Sachlage vorausgesetzt werde, bemerkte aber weiter: „diese anzunehmen, stehe jedoch auch im Ermessen des Gerichts, und darum könne eine Veränderung der Sachlage nicht als gesetzliche Voraussetzung unbedingt vorgeschrieben werden. Die K.-O. enthalte eine Abweichung von den Vorschriften der P.-O. Nach diesen Vorschriften könne der Richter von seiner Entscheidung im Falle der sofortigen Beschwerde nicht wieder abgehen. Die K.-O. sei also milder und dadurch würden alle Unzuträglichkeiten verhindert.“ Mit Rücksicht auf diese Erklärung zog Goldschmidt seinen Antrag, nach welchem die sofortige Beschwerde nur, soweit es sich um nichtgeprüfte Forderungen handelt, ausgeschlossen sein sollte, zurück. (K.: 69, 70.)

2.

Ueber das Stimmrecht solcher Gläubiger, deren Forderung von einer aufschiebenden Bedingung abhängt, oder denen ein Absonderungsrecht zukommt, eine Konkursforderung also nur insoweit zusteht, als sie durch Ausübung des Absonderungsrechtes nicht befriedigt werden (v. die Erläuterungen zu den §§ 57 und 60), hat gleichfalls das Gericht zu entscheiden. Jedoch sind diese Ansprüche nicht den streitig gebliebenen, sondern den noch nicht geprüften Forderungen (§ 87 Abs. 2) gleichgestellt; es wird desshalb auch hier das Stimmrecht nicht als ein „bleibendes“ festgestellt. „Hier stehen sich nicht Parteien gegenüber, der Widerspruch eines jeden anderen Gläubigers kommt daher in Betracht; und hier handelt es sich um eine zeitweilige, vorübergehende Beschaffenheit der Forderung, ihre Stimmberechtigung und die Entscheidung darüber berührt daher nur die gegenwärtige Gläubigerversammlung. Freilich ein thatsächliches Gewicht wird die einmal getroffene Entscheidung auch für künftige Verhandlungen haben; ein rechtliches kommt ihr für diese nicht zu.“ (M.: 315.)

IV.

Wirkung der gefassten Beschlüsse. Befugniss des Gerichts, deren Ausführung zu untersagen.

(§§ 89 und 91.)

Nach § 89 Satz 2 sind die nicht erschienenen Gläubiger ebenso wie diejenigen, welche der Versammlung beiwohnten, sich aber nicht bei der Abstimmung

betheiligten oder überstimmt wurden, an die gefassten Beschlüsse gebunden. „In ihrem Kontumazialprinzip geht diese Vorschrift von der berechtigten Voraussetzung aus, dass die Ausbleibenden sich den Beschlüssen der an der Versammlung theilnehmenden Gläubiger stillschweigend unterwerfen.“ (M.: 316.) Im Interesse der überstimmten und ausgebliebenen Gläubiger wurde ein besonderer Schutz gegen solche Beschlüsse der Gläubigerversammlung für nothwendig gehalten, welche „dem gemeinsamen Interesse der Konkursgläubiger widersprechen,“ und diesen Schutz glaubte man nur im Einschreiten des Konkursgerichts finden zu können, das auf Antrag die Ausführung eines derartigen Beschlusses untersagen kann. „Das Gericht soll zwar freibleiben von jeder Einmischung in die Verwaltung, aber es muss angerufen werden können zur Entscheidung widersprechender Interessen. Eine unbedingte Souveränität von Mehrheitsbeschlüssen entspricht nicht der Sachlage. Wie insbesondere bei Akkordbeschlüssen schon vielseitig anerkannt ist, so muss allgemein das Gericht für befugt und verpflichtet erachtet werden, die Ausführung des Mehrheitsbeschlusses zu untersagen, sofern derselbe geradezu das gemeinsame Interesse aller Betheiligten verletzt. Ein solches Veto wird natürlich in den seltensten Fällen ausgeübt werden, aber die Möglichkeit eines solchen und die Zulässigkeit eines Appells an das Gericht lässt die Minorität nicht rechtlos erscheinen und fördert die Sachgemässheit der Beschlüsse. Zur Sicherheit der Mehrheit verlangt andererseits § 91, dass der Antrag auf richterliche Entscheidung noch in der fraglichen Gläubigerversammlung gestellt werde.“ (M.: 317.) Dass ausser den überstimmten Gläubigern auch der Verwalter zum Antrag berechtigt ist, wurde, wie in den Motiven erwähnt worden ist, im Interesse der abwesenden Gläubiger vorgeschrieben. Wird der Antrag abgelehnt, so steht dem Antragsteller (nicht aber den übrigen Gläubigern), andernfalls den Gläubigern, welche bei dem Beschlusse mitwirkten, beziehungsweise der Gläubigerversammlung nach § 66 das Recht der sofortigen Beschwerde zu. (Bem. I. 1 und Bem. 3 zu § 66.) Vorerst kann aber der Beschluss nicht ausgeführt werden. Eine förmliche Aufhebung des Beschlusses steht dem Gerichte nicht zu und noch weniger ist dasselbe befugt, eine positive Verfügung an die Stelle des in Frage stehenden Beschlusses zu setzen.

Die Vorschrift des § 91 bezieht sich auf alle Beschlüsse der Gläubigerversammlungen, insbesondere auch auf die in § 83 vorgesehene „Einigung“ der Gläubigerversammlung mit dem Gläubigerausschuss über dessen Auslagen und Gebühren. In dieser Richtung bemerkte Regierungsrath Hagens in der Reichstagskommission: „Der § 91 habe eine allgemeine Bedeutung; er sei absichtlich hierhergesetzt worden, um § 83 mitzutreffen. Wenn er bloss für Verwaltungsmassregeln gelten sollte, würde er seine Stelle etwa als § 125a gefunden haben.“ Auch wurde mit Rücksicht darauf das im Entwurf vorkommende Wort „Massregel“ durch den Ausdruck „Beschluss“ ersetzt. (K.: 70.) Die Wahl der Mitglieder des Gläubigerausschusses wird nicht unter die Vorschrift des § 91 fallen, da es sich bei derselben nicht um einen Beschluss im Sinne dieses § handelt. [1])

[1]) V. von Wilmowski § 91 S. 221.

§ 92.

Der Gemeinschuldner ist verpflichtet, dem Verwalter, dem Gläubigerausschusse und auf Anordnung des Gerichts der Gläubigerversammlung über alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse Auskunft zu geben.

§ 93.

Der Gemeinschuldner darf sich von seinem Wohnorte nur mit Erlaubniss des Gerichts entfernen.

Das Gericht kann die zwangsweise Vorführung und nach Anhörung des Gemeinschuldners die Haft desselben anordnen, wenn er die ihm von dem Gesetze auferlegten Pflichten nicht erfüllt, oder wenn es zur Sicherung der Masse nothwendig erscheint.

(E.: §§ 92. 93. M.: 317. 318. K.: 70; pr. K.-O. §§ 132. 138. 139. 160. 223.)

1.

Verpflichtung des Gemeinschuldners zur Auskunftsertheilung.

„Die Vorschriften über die Stellung des Gemeinschuldners im Verfahren ergeben sich aus den in den §§ 1 und 5 aufgestellten Grundsätzen; insbesondere ist die Verpflichtung des Gemeinschuldners zur Auskunftsertheilung eine natürliche Konsequenz des Satzes, dass das ganze der Exekution unterliegende Vermögen zur Befriedigung der Gläubiger dienen soll. Die Durchführung dieses Satzes erfordert, dass der Gemeinschuldner dem Gerichte und den Verwaltungsorganen alles dasjenige an die Hand gebe, was zur Ermittelung und Herbeischaffung des Vermögens und zur Abwehr der gegen dasselbe gerichteten Ansprüche dienlich sein kann. Muss die gleiche Pflicht auch gegenüber den Gläubigerversammlungen an und für sich anerkannt werden, so war es doch zur Niederhaltung leidenschaftlicher Ausbrüche geboten, das Recht der Gläubigerversammlung, den Gemeinschuldner zur Rede zu stellen, an eine Anordnung des Gerichts zu knüpfen. — Auf demselben Grundgedanken, wie die Pflicht zur Auskunftsertheilung, beruht die jedem Gläubiger gegen den Schuldner gewährte Forderung des Offenbarungseides. (§ 115.) Einige Gesetzgebungen gehen noch weiter, indem sie eine Verpflichtung des Gemeinschuldners zu persönlichen Dienstleistungen bei Liquidation der Masse statuiren; hierin liegt jedoch eine mit den modernen Rechtsanschauungen unvereinbare Erweiterung der Gläubigerrechte.“ (M.: 317, 318.)

Die Verpflichtung des Gemeinschuldners erstreckt sich nur auf die „das Verfahren betreffenden Verhältnisse“. Soweit solche in Frage stehen, ist derselbe aber nicht bloss zur einmaligen Auskunftsertheilung verpflichtet, sondern muss

jederzeit auf die an ihn gestellten Fragen Antwort ertheilen. Auch kann derselbe nicht etwa verlangen, dass der Verwalter oder der Ausschuss sich zu diesem Zwecke zu ihm begebe, sondern er muss einer an ihn ergangenen Vorladung Folge leisten. [1])

Verweigert der Gemeinschuldner die erforderliche Auskunft, so kann er hiezu durch Androhung und Verhängung der Haft angehalten werden. Auch wird gegen ihn die Haft verhängt werden können, wenn er wissentlich eine unwahre Auskunft ertheilt, da er auch dadurch die ihm nach dem Gesetz obliegenden Verpflichtungen verletzt. (Bem. 3.) [2])

2.
Verbot der eigenmächtigen Entfernung.
(§ 93 Abs. 1.)

„Durch das Verbot der eigenmächtigen Entfernung soll der Gemeinschuldner verhindert werden, der Erfüllung der ihm während des Verfahrens obliegenden Verpflichtungen sich willkürlich zu entziehen. Das Gericht, dem die Dispensationsbefugniss beigelegt ist, wird gleichmässig die Interessen der Masse und den Anspruch des Gemeinschuldners auf die Ausbeutung seiner Arbeitskräfte zu berücksichtigen wissen und dem Letzteren die Freiheit seiner Bewegung nicht länger vorenthalten, als dies absolut nothwendig erscheint.“ (M.: 318).

Der Erlaubniss des Gerichts bedarf der Gemeinschuldner nicht nur, wenn er seinen Wohnort dauernd verlassen, sondern auch wenn er sich vorübergehend von demselben entfernen will. Der Verwalter und der Gläubigerausschuss sollen immer in der Lage sein, von dem Gemeinschuldner Auskunft zu verlangen. Einen kurzen Ausflug, durch welchen die in § 92 auferlegte Verpflichtung nicht berührt wird, kann der Gemeinschuldner natürlich auch ohne richterliche Erlaubniss unternehmen; aber er wird dieser schon dann bedürfen, wenn er sich auf einige Tage entfernen will. Wenn das Gericht die Erlaubniss zur Entfernung ertheilt, so kann es dieselbe an die Bedingung knüpfen, dass der Gemeinschuldner seinen jedesmaligen Aufenthaltsort dem Verwalter mittheile und so diesen bezw. den Gläubigerausschuss in die Lage versetze, briefliche Auskunft zu verlangen. Auch kann die Erlaubniss in widerruflicher Weise ertheilt und der Gemeinschuldner auf diese Weise verpflichtet werden, auf Verlangen sofort zurückzukehren. Entfernt sich der Letztere ohne Erlaubniss, oder kehrt er ungeachtet einer in rechtsverbindlicher Weise an ihn ergangenen gerichtlichen Aufforderung nicht zurück, so können die in Abs. 2 des § vorgesehenen Zwangsmassregeln zur Anwendung kommen. (Bem. 3.)

3.
Zwangsweise Vorführung und Haft.
(§ 93 Abs. 2.)

Bezüglich der in Frage stehenden Vorschrift wurde in den Motiven (318) bemerkt: „Die Bestimmungen über die Haft verfolgen zwei Gesichtspunkte. Als

[1]) Von Völderndorff § 92 Bem. b. Bd. II. S. 131, 132.

[2]) Von Völderndorff § 92 Bem. e. II. Bd. II. S. 134.

Sicherheitshaft ist die Haft anzuordnen, wenn zu besorgen ist, dass der Gemeinschuldner seine Freiheit zur Verbringung von Vermögensstücken, zur Einziehung von Ausständen oder zu nachtheiligen Kollusionen oder Verdunkelungen missbrauchen werde. Als Zwangs- oder Strafmittel findet sie statt, um denselben zur Auskunftsertheilung anzuhalten oder wenn derselbe sich unbefugter Dispositionen oder Behinderungen des Verwalters schuldig gemacht hat. Die besonderen Vorschriften der C.-P.-O. über eine Haft zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen (§§ 774, 775) können zwar auf die allgemeinen Pflichten des Gemeinschuldners im Konkursverfahren nicht Anwendung finden, wohl aber erscheinen die in den §§ 812, 785—791, 793, 794 C.-P.-O. enthaltenen allgemeinen Bestimmungen über die Unstatthaftigkeit oder Unterbrechung der Haft, und über die Anordnung, Vollstreckung und Dauer der Haft oder sonstiger Freiheitsbeschränkung anwendbar; die Kosten müssen, da die Haft immer nur im allgemeinen Interesse der Gläubiger verhängt werden darf, zu den Massekosten im Sinne des § 51 Nr. 1 gerechnet werden. Die K.-O. hebt hervor, dass vor der Anordnung der Haft stets der Gemeinschuldner gehört werden soll; eine zwangsweise Vorführung desselben, wie solche in der C.-P.-O. z. B. in den §§ 345, 579 vorgesehen ist, soll auch ohne vorherige Anhörung des Gemeinschulders stattfinden können. Dadurch lässt sich der Schutz der persönlichen Freiheit mit den sachlichen Interessen vereinigen." In der Reichstagskommission wurde die Frage angeregt, ob es sich nicht empfehle, die im Konkursverfahren zur Anwendung kommenden Bestimmungen der C.-P.-O. im Gesetz ausdrücklich zu bezeichnen. Von einem besonderen Antrag wurde aber abgesehen, nachdem Regierungsrath Hagens bemerkt hatte: „Diese Aufgabe würde eine ziemlich schwierige sein. Die Motive hätten dieselbe nur beispielsweise nicht exklusiv gelöst. Er glaube, dass § 65 K.-O. genüge." (K.: 70.)

Die Vorschriften der C.-P.-O. werden insofern durch die Bestimmungen des § 93 Abs. 2 ersetzt, als es sich um die Zulässigkeit der zwangsweisen Vorführung oder der Haft handelt. Ueberall, wo eine der in § erwähnten Voraussetzungen vorliegt, kann das Gericht von Amtswegen die in Frage stehenden Massregeln treffen. Es handelt sich aber in allen Fällen nur um eine Befugniss des Gerichts, nirgends um eine positive Verpflichtung desselben zur Verhängung der Haft. Ist die Haft überhaupt unstatthaft oder die Vollstreckung derselben untersagt (§§ 785—787 C.-P.-O.), so muss sie auch im Konkursverfahren unterbleiben. Gegen die Entscheidung, durch welche die zwangsweise Vorführung oder Haft angeordnet wird, steht dem Gemeinschuldner nach § 66 die „sofortige Beschwerde" zu. Diese hat aber keine aufschiebende Wirkung, da § 535 C.-P.-O. den Fall, in welchem es sich um Verhaftung des Schuldners handelt, nicht erwähnt. [1]) Wurde von Seite des Verwalters oder eines Gläubigers u. s. w. die Vorführung oder Verhaftung des Gemeinschuldners angeregt, dieser Anregung aber keine Folge gegeben, steht der betr. Person ein Beschwerderecht nicht zu. Die Anordnung der betr. Massregel erfolgt immer von Amtswegen; ein „Antrag" im

[1]) V. von Völderndorff § 93 Bem. c. IV. Bd. II. S. 139.

strengen Sinne des Wortes liegt nicht vor; das Gericht ist desshalb nicht verpflichtet, wenn Jemand die Verhaftung wünscht, eine zurückweisende Entscheidung zu erlassen, und kann schon desshalb von einem Beschwerderecht, das regelmässig eine Entscheidung voraussetzt (§ 66 und § 530 C.-P.-O.) keine Rede sein. [1]) Die Ausführung des Haftbefehls, bezw. des Auftrags zur zwangsweisen Vorführung, erfolgt gemäss § 790 C.-P.-O. durch den Gerichtsvollzieher und ebenso kommen bezüglich des Vollstreckungsraums, der Dauer und Aufhebung der Haft u. s. w. die Vorschriften der C.-P.-O. (§§ 780, 790, 794 ff.) zur Anwendung. Die „Strafe der Haft", welche in der C.-P.-O. (§§ 345, 355, 775) mehrfach angedroht ist und deren Vollzug sich nach den Vorschriften des R.-St.-G.-B. richtet (v. Kommentar zur C.-P.-O. Bem. IV. 1 zu §§ 773 ff.), ist in der K.-O. nicht vorgesehen. Was die Kosten anbelangt, so kann ein Vorschuss wegen der Verpflegungskosten offenbar nicht verlangt werden, da § 792 C.-P.-O. eine Verpflichtung zur Vorschussleistung nur dem Gläubiger auferlegt, der die Haft beantragt, hier aber dieselbe von Amtswegen angeordnet wird. In den Motiven wird desshalb der § 792 C.-P.-O. nicht unter den zur Anwendung kommenden Vorschriften aufgezählt. Wenn es sich übersehen lässt, dass in der Konkursmasse, welche ja schliesslich die Verpflegungskosten zu tragen hat, die hiezu erforderlichen Mittel nicht vorhanden sind, so wird das Gericht die Verhaftung nicht verfügen. Ueberhaupt wird dasselbe sich stets vor Augen halten, dass die Verhaftung doch nur im Interesse der Gläubiger erfolgt, und desshalb von derselben absehen, wenn der zu erwartende Vortheil in einem Missverhältniss steht zu den entstehenden Kosten. [2])

Zweiter Titel.

Eröffnungsverfahren.

(§§ 94—106.)

Vorbemerkungen.

1.

Der zweite Titel beschäftigt sich mit der Eröffnung des Konkurses und mit den gerichtlichen Massregeln, welche derselben vorausgehen oder sich unmittelbar an dieselbe anschliessen. Zunächst wird in den §§ 94—97 von den Voraussetzungen des Konkursverfahrens und in § 98 von den vorläufigen Sicherungsmassregeln gehandelt. Sodann wird in § 99 die Abweisung des Eröffnungsantrags,

[1]) A. M. ist von Völderndorff § 93 Bem. c. IV. Bd. II. S. 139.

[2]) V. dag. von Völderndorff (a. a. O. Bem. III. S. 138), welcher der Ansicht ist, dass § 792 C.-P.-O. auch im Konkursverfahren Anwendung finde und desshalb die Haft unterbleiben müsse, wenn nicht der nöthige Vorschuss aus der Masse geleistet werden könne, oder ein Gläubiger die Kosten vorschiesse.

in § 100 der Eröffnungsbeschluss und in § 101 das Beschwerderecht bezüglich dieser Beschlüsse geregelt, während die §§ 102–106 vorschreiben, welche Massregeln bei der Eröffnung des Verfahrens oder nach Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses zu treffen sind.

2.

Das Konkursverfahren kann immer nur gegen eine bestimmte (physische oder juristische) Person eröffnet werden. Auch wenn mehrere Personen z. B. Brüder, die gemeinschaftlich leben und ihr Vermögen gemeinschaftlich verwalten, oder Eheleute, welche in allgemeiner Gütergemeinschaft stehen, allen Gläubigern gegenüber gemeinsam haften, ist bei Jedem derselben besonders zu untersuchen, ob die Voraussetzungen der Konkursöffnung vorliegen, und sind, wenn dies der Fall ist, mehrere Konkurse nebeneinander zu eröffnen. [1])

§ 94.

Die Eröffnung des Konkursverfahrens setzt die Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners voraus.

Zahlungsunfähigkeit ist insbesondere anzunehmen, wenn Zahlungseinstellung erfolgt ist.

(E.: § 94. M.: 319–325. K.: 71–73; pr. K.-O. §§ 113. 319. 322. 323.)

I.

Erforderniss der Zahlungsunfähigkeit.

1.

Während nach gemeinem Recht und nach den meisten Landesgesetzgebungen, insofern dieselben auf gemeinrechtlicher Grundlage beruhen, die Konkurseröffnung voraussetzt, dass die Vermögensunzulänglichkeit d. h. eine Ueberschuldung des Schuldners nachgewiesen werde, und nach der pr. K.-O. (322) dieser Nachweis wenigstens insoweit erforderlich ist, als es sich nicht um einen kaufmännischen, sondern nur um einen gemeinen Konkurs handelt, kommt es nach der K.-O. nicht darauf an, ob das vorhandene Vermögen an sich zur Zahlung der Schulden ausreicht, sondern ist, gleichviel ob es sich um einen Kaufmann oder um einen Nichtkaufmann handelt, lediglich die Zahlungsunfähigkeit entscheidend. Ist diese vorhanden, so bedarf es eines Nachweises der Vermögensunzulänglichkeit nicht. Liegt eine Zahlungsunfähigkeit nicht vor, so genügt auch die nachgewiesene Ueberschuldung nicht, um den Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens zu rechtfertigen. „Solange der Gemeinschuldner seinen Verbindlichkeiten nachkommt, hat Niemand das Recht, sich in seine Verhältnisse zu drängen, ihn aus dem Besitz zu setzen und

[1]) V. von Wilmowski § 94 Bem. 2 S. 226. A. M. ist bezüglich der in allgemeiner G.-G. lebenden Ehegatten von Völderndorff, der (§ 37 Bem. II. B. Bd. I. S. 402 ff.) die Ansicht vertritt, es sei hier mit Rücksicht auf das bestehende gesellschaftliche und genossenschaftliche Verhältniss ein gemeinsamer Konkurs zu eröffnen.

seine produktive Thätigkeit zu unterbrechen, möchte auch bei gleichzeitigem Andrängen aller seiner Gläubiger sein Vermögen zur vollständigen Befriedigung derselben nicht ausreichen. Ein solches Vorgehen würde ein Unrecht gegen den Schuldner enthalten, der verlangen kann, dass vor eingetretenem Zahlungsverzuge ihm nicht die Möglichkeit genommen werde, seine Lage zu verbessern und das materiell vorhandene Defizit auszugleichen. Bei der grossen Empfindlichkeit des Kredits und dem engen Ineinandergreifen der heutigen Verkehrsbeziehungen würden dadurch nicht nur der Gemeinschuldner, sondern in den meisten Fällen auch Andere ohne Grund und ohne Nutzen der Gefahr finanziellen Ruins ausgesetzt werden. Umgekehrt aber kann den andringenden Gläubigern nicht damit gedient sein, dass ihr Schuldner ein wohlhabender Mann ist, wenn derselbe nicht die Mittel zur Zahlung seiner fälligen Schulden herbeizuschaffen vermag; sie brauchen sich nicht mit dem Einwande der Vermögenssuffizienz abfinden zu lassen, wo sie Zahlung zu verlangen berechtigt sind.“ (M.: 320.)

In der Reichstagskommission wurde gegen das in der K.-O. angenommene, in den Motiven ausführlich gerechtfertigte, System Bedenken erhoben. Insbesondere wurde geltend gemacht, dass der auf kaufmännische Geschäfte wohl passende Grundsatz in der Anwendung auf andere bürgerliche Kreise, namentlich auf Gutsbesitzer, bedenklich erscheine, da letztere nach der Natur ihrer Produkte nur zu gewissen, von ihnen nicht willkürlich zu wählenden, Zeiten die Mittel erhielten, ihre im Laufe des Jahres entstandenen Verbindlichkeiten erfüllen zu können. Ein Antrag auf Abänderung des § wurde aber nicht gestellt. (K.: 71.)

2.

In Beziehung auf die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit wurde in den Motiven (322, 323) bemerkt: „Entzieht die K.-O. der Vermögensunzulänglichkeit die entscheidende Bedeutung für die Eröffnung des Verfahrens, so behält doch die Frage, ob das Vermögen zulangt oder nicht, nach wie vor und insbesondere bei Nichtkaufleuten das ihr zukommende Gewicht als eines der wesentlichsten Beweismomente zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit. Diese muss festgestellt werden; aber, und das ist zur Vermeidung von Missverständnissen zu betonen, nicht als bloss latenter Zustand; vielmehr muss die Zahlungsunfähigkeit, um neue Rechtsverhältnisse zu erzeugen, in die äussere Erscheinung getreten sein; sie muss, sei es durch eine Erklärung oder Handlung des Schuldners, sei es durch eine Handlung eines Gläubigers oder sonst durch eine Thatsache eine Wirkung geäussert haben. Welche Thatsachen im Einzelnen geeignet sind, als Erkennungsquelle der Zahlungsunfähigkeit zu dienen, ist der Beurtheilung des Richters zu überlassen. Eine erschöpfende und ausschliessende Aufzählung aller sogen. Bankerutthandlungen, wie in ihrer kasuistischen Weise die englischen und nordamerikanischen Konkursgesetze sie versuchen, ist unmöglich; eine Exemplifikation gegenüber der freien Ueberzeugungstheorie (§ 259 C.-P.-O.) entbehrlich. Nur die Hervorhebung des am häufigsten hervortretenden Falles, der Zahlungseinstellung, ist angemessen erschienen. Sie soll als eine in die äussere Erscheinung getretene Thatsache, als direkte Aeusserung der Zahlungsunfähigkeit den Beweis derselben erübrigen.“ (V. Bem. II. und Bem. I. 2 zu § 23.) In der

Reichstagskommission wurde noch von Regierungsrath Hagens bemerkt: „Der Begriff der Zahlungsunfähigkeit dürfe nicht mit dem einer Zahlungsstockung verwechselt werden. Vorausgesetzt werde allerdings, dass der Schuldner die zur betreffenden Zeit fälligen Zahlungen nicht leiste und zwar, nicht aus dem Grunde, weil er sie nicht leisten wolle, sondern aus dem Grunde, weil er sie nicht leisten könne. Solange er noch die fälligen Zahlungen leiste, komme nichts darauf an, ob die Zahlung aus seinem Vermögen oder mit Hülfe seines Kredits erfolge. Vornehmlich dadurch unterscheide sich Zahlungsunfähigkeit von Vermögensunzulänglichkeit. Von der Zahlungsstockung unterscheide sich die Zahlungsunfähigkeit insofern, als die erstere ein vorübergehender, die letztere ein abgeschlossener, nicht zu beseitigender oder wenigstens nicht wieder beseitigter Zustand sei. Ob der eine oder der andere Zustand vorliege, werde der Richter in jedem einzelnen Falle zu prüfen haben. Immer aber müsse das Zahlungsunvermögen durch irgend einen Akt zum Ausbruch gekommen sein. Dies werde meist durch eine Zahlungseinstellung geschehen, welche überall möglich sei, wo es sich um einen Schuldner handle — gleichviel ob Kaufmann oder Nichtkaufmann — der laufende Zahlungen zu leisten habe.“ (K.: 71, 72.) Ein Antrag von Websky, nach welchem Zahlungsunfähigkeit „erst“ dann angenommen werden sollte, wenn eine Zahlungseinstellung erfolgt ist, wurde vom Antragsteller zurückgezogen, nachdem Regierungsrath Hagens bemerkt hatte: „Der Antrag entspreche den jetzt herrschenden Anschauungen nicht. Vielleicht gelange man später dahin, die Zahlungseinstellung als das Kriterium für die Konkurseröffnung hinzustellen. Zur Zeit sei es bedenklich, die Zahlungseinstellung als die einzige Form der Zahlungsunfähigkeit anzunehmen. Im praktischen Resultat würde übrigens der Antrag Websky ziemlich auf dasselbe hinauskommen wie der Entwurf.“ (K.: 71—73.)

3.

Vom Abg. Hullmann wurde in der Reichstagskommission ein Fall zur Sprache gebracht, für welchen ihm das Erforderniss der Zahlungsunfähigkeit mit Rücksicht auf die Bestimmungen der C.-P.-O. als bedenklich erscheine: „Nach § 715 Nr. 5 sei das zum Wirthschaftsbetriebe unentbehrliche Inventar eines Landguts von der Zwangsvollstreckung ausgenommen. Gegen einen Pächter also, der ausser dem unentbehrlichen Inventar nichts weiter besitze, würde die Zwangsvollstreckung nicht statthaft sein. Eigentliche Zahlungsunfähigkeit brauche aber desshalb nicht vorzuliegen, da der Pächter von dem Inventar etwas veräussern könne, wenn er auch vielleicht dadurch seine Wirthschaft schädige oder ruinire. Der Fall sei also der, dass der Schuldner zahlen könne, aber nicht zahlen wolle. Er — Redner — nehme an, dass solchenfalls Konkurseröffnung zulässig sein müsse.“ Bezüglich dieses Falles, dem übrigens auch die Fälle gleichstehen, in welchen ein Apotheker oder ein Posthalter nichts als das zur Apotheke bezw. zur Posthalterei erforderliche Inventar besitzt (§ 715 Nr. 8 C.-P.-O. und § 20 des Reichspostges. vom 28. Okt. 1871), traten in der Reichstagskommission sehr verschiedene Auffassungen hervor. Regierungsrath Hagens bemerkte: „Der Richter dürfe Zahlungsunfähigkeit nur dann annehmen, wenn er überzeugt sei, dass der Schuldner nicht habe zahlen können. In dem fraglichen Falle würde, sowie er

gestellt sei, weder eine Zahlungsunfähigkeit noch eine Zahlungseinstellung, ebensowenig aber eine Vermögensunzulänglichkeit angenommen werden müssen. Wenn hienach vielleicht ein böswilliger Schuldner, trotzdem er es könnte, nicht zahlen wolle, so würde der Uebelstand nicht in der Bestimmung der K.-O. sondern in einer zu milden Ausdehnung der Bestimmung der C.-P.-O. über Befreiung von der Zwangsvollstreckung zu suchen sein." Dem trat der Abg. Goldschmidt mit der Bemerkung entgegen: „Er halte es für juristisch zweifellos, dass der Schuldner, der nicht zahlen wolle, demjenigen gleichgestellt werden müsse, der nicht zahlen könne." Dagegen äusserte Appellrath Hauser: „Er könne nicht annehmen, dass eine bloss böswillige Zahlungsverweigerung der Zahlungsunfähigkeit gleichstehen solle; eine solche Verweigerung sei nur ein Grund zur Zwangsvollstreckung, kein Grund zur Konkurseröffnung. In dem vom Abg. Hullmann angeführten Falle werde übrigens Zahlungsunfähigkeit anzunehmen sein. Denn wenn der Schuldner nur das unentbehrliche Inventar und kein weiteres Vermögen besitze, jenes aber der Zwangsvollstreckung nicht unterworfen werden könne, so sei er in der That zahlungsunfähig." (K.: 71—73.) Die letztere Ansicht muss als richtig angesehen werden. Hat ein Schuldner ausser solchen Gegenständen, welche ihm nach dem Gesetz nicht entzogen werden dürfen, keinerlei Mittel, aus welchen die Gläubiger befriedigt werden können, so ist er ebenso als zahlungsunfähig anzusehen, wie derjenige, der zwar mittelst einer ihm angebotenen Unterstützung zahlen könnte, diese aber zurückweist, weil er auf solche Weise nicht zahlen will. In der Regel wird übrigens in solchen Fällen eine Zahlungseinstellung vorliegen und schon desshalb Zahlungsfähigkeit anzunehmen sein. [1])

II.

Begriff und Bedeutung der Zahlungseinstellung.

1.

Von einer Begriffsbestimmung der Zahlungseinstellung wurde in der K.-O. absichtlich Umgang genommen, weil die in Art. 441 des Code de commerce unternommene Feststellung bestimmter Anhaltspunkte allgemein als verfehlt anerkannt und im Fallimentsgesetz von 1838 wie in anderen neueren Gesetzgebungen aufgegeben worden sei und die Bestimmung der pr. K.-O. (§ 113), welche es noch als nothwendig erachtet habe, der Praxis einen Fingerzeig zu geben, theils selbstverständlich, theils nicht geeignet sei, dem Richter die Anwendung des Gesetzes zu erleichtern. [2]) Aus den Motiven sind folgende zur Rechtfertigung des befolg-

[1]) V. Hullmann § 94 Bem. 2 S. 239; Wengler ebendas. Bem. 1 Anm. 4 S. 481; von Sarwey ebendas. Bem. 2 S. 482, 483; von Völderndorff § 94 Bem. b. 2 Anm. 13 Bd. II. S. 146.

[2]) Art. 441 des Code de commerce lautete: „L'ouverture de la faillite est déclarée par le tribunal de commerce; son époque est fixée, soit par la retraite du débiteur, soit par la clôture de ses magasins, soit par la date de tous actes constatant le refus d'acquitter ou de payer des engagemens de commerce. Tous les actes cidessus mentionnés ne constateront néanmoins l'ouverture de la faillite, que lorsqu'il y aura cessation de paiemens ou déclaration du failli." In § 113 der pr. K.-O. wird gesagt: „Die Zahlungseinstellung ist vorhanden, wenn der Gemeinschuldner seine

ten Systems und zur Erläuterung des Begriffs der Zahlungseinstellung bestimmte Ausführungen mitzutheilen: „Mit Recht bemerken die Motive zu dem pr. Entwurf eines Handelsgesetzbuchs (S. 373): „„Die Zahlungseinstellung ist eine nach der unendlichen Verschiedenheit der Fälle in den verschiedensten Weisen zur Erscheinung kommende Thatsache, deren Auffassung der Anschauung des Falles und des kaufmännischen Verkehrslebens und der vernünftigen Einsicht des Richters anheimgegeben werden muss."" Die Richtigkeit dieses Satzes ist durch die Erfahrung bestätigt; nicht nur der Handelswelt sondern allen Verkehrskreisen sind Begriff und Bedeutung des Worts vollkommen geläufig, und auch die Praxis hat in der Handhabung desselben keinen erheblichen Fehltritt begangen. Ein Hinweis auf die beiden Hauptgesichtspunkte, welche man stets im Auge zu halten hat, möchte indess nicht überflüssig sein. Diese sind: 1. dass die Zahlungseinstellung eine allgemeine sei; 2. dass sie in der Zahlungsunfähigkeit ihren Grund haben muss. Zunächst also muss aus dem Akte der Zahlungseinstellung hervorgehen, dass nicht eine bestimmte einzelne Zahlung und nur diese, sondern dass alle vorkommenden Zahlungen unterbleiben sollen. Hiezu ist freilich keineswegs die Unterlassung mehrerer Zahlungen erforderlich; ein einzelner Fall der Nichtzahlung kann den auf die allgemeine Zahlungseinstellung gerichteten Willen genügend dokumentiren und diese kann auch in einer anderen Handlung als in einer Nichtzahlung enthalten sein. Umgekehrt wird die Zahlungseinstellung nicht nothwendig beseitigt durch vereinzelte Zahlungen und Rechtsgeschäfte, welche der Gemeinschuldner vielleicht später vornimmt. Die allgemeine Zahlungseinstellung braucht nicht eine absolute zu sein, und gerade hierauf beruht die Anfechtbarkeit der nachträglich vorgenommenen Zahlungen. Das zweite der aufgestellten Requisite ist nicht minder in der Natur der Sache begründet. Es leuchtet von selbst ein, dass eine Zahlungsverweigerung auf Grund von Einreden oder Gegenforderungen oder aus anderen besonderen Motiven ebensowenig als eine Zahlungseinstellung im Sinne des Gesetzes aufgefasst werden kann, wie eine Nichtzahlung aus blosser Nachlässigkeit. Aus den vorliegenden Umständen muss sich vielmehr ergeben, dass es sich um ein Nichtkönnen, um eine Aeusserung der Unfähigkeit zu zahlen, handelt. Die eigene gerichtliche Insolvenzerklärung des Gemeinschuldners, fruchtlose Exekutionsvollstreckung gegen denselben, Schliessung des Geschäfts, heimliche Entfernung oder Latition des Gemeinschuldners ohne Sorgen für Vertretung, obgleich Zahlungen zu leisten sind: diese und ähnliche Umstände werden in den meisten Fällen dem Richter die Ueberzeugung gewähren, dass Zahlungsfähigkeit vorhanden ist. (V. das Erk. des R.-O.-H.-G. vom 6. Mai 1873 Bd. X. S. 69 und die dort angeführten Entscheid. dess. Gerichts.) Nirgendwo aber ist die Möglichkeit einer Widerlegung der aus solchen Umständen sich ergebenden Vermuthungen ausgeschlossen." (M.: 323, 324.) Weiter ist noch auf die Bem. I. 2 zu § 23 und die dort mitgetheilte Literatur zu verweisen.

Zahlungsunfähigkeit selbst erklärt, oder wegen Zahlungsunfähigkeit sein Geschäft schliesst, oder wenn andere Umstände vorliegen, aus welchen erhellt, dass der Gemeinschuldner in dem Zustande der Zahlungsunfähigkeit sich befindet."

2.

Dass die im französischen Recht angeregte Frage, ob nur die Nichtzahlung von Handelsschulden oder auch die von Privatschulden für die Zahlungseinstellung von Erheblichkeit sei, für die K.-O. nicht aufgeworfen werden kann, ergibt sich daraus, dass in derselben weder der Konkurs auf Kaufleute beschränkt ist, noch in Ansehung desselben zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten unterschieden wird. In den Motiven wurde denn auch der Auffassung, dass die Zahlungseinstellung ein spezifisch kaufmännischer, ausschliesslich in den Eigenthümlichkeiten des eigentlichen Handelsverkehrs begründeter Begriff sei, auf das Entschiedenste entgegengetreten und darauf hingewiesen, dass das Handelsgesetzbuch sehr vielen Personen z. B. den Verkäufern selbstgewonnener Produkte (Landwirthen, Viehzüchtern, Besitzern von Bergwerken, Stein- und Kalkbrüchen, Torfgräbereien, Thon- oder Lehmgruben), den Bauunternehmern, Schauspiel- und Konzertunternehmern, Vermittlern von anderen als Handelsgeschäften, Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit u. s. w. die Anerkennung als Kaufmann versage, obgleich der Geschäftsbetrieb derselben in streng kaufmännischen Formen geführt werde. Weiter wurde bemerkt: „Wenn thatsächlich auf die pünktliche Berichtigung von Privatschulden weniger Gewicht gelegt zu werden pflegt, so ist hierin nur ein Anlass zu finden, dem Grunde einer Nichtzahlung solcher Schulden genauer nachzuforschen. — Denkbar ist die Zahlungseinstellung überall, wo sich der Begriff der laufenden Zahlungen findet. Der Stand und die Person des Schuldners ist nicht entscheidend. Selbst bei einem Privatmann, der weder ein kaufmännisches noch ein sonstiges Gewerbe, der aber Geldgeschäfte betreibt, kann die eintretende Zahlungsunfähigkeit sich in einer Zahlungseinstellung äussern, wenn er z. B. einen laufenden Wechselverkehr unterhalten hat, und ausser Stand gesetzt ist, die laufenden Wechsel zu bezahlen. Allerdings würde man zu weit gehen mit der Behauptung, dass sie stets bei Jedermann vorkommen könne. Alle Fälle der Zahlungsunfähigkeit lassen sich nicht durch die der Zahlungseinstellung denken; desshalb ist nicht als allgemeine und ausschliessliche Voraussetzung für die Konkurseröffnung an Stelle der Zahlungsunfähigkeit die Zahlungseinstellung hingestellt, vielmehr die letztere als eine Aeusserung der ersten charakterisirt worden.“ (M.: 324, 325.) In der Reichstagskommission wurde die Gleichstellung der Kaufleute und Nichtkaufleute gegenüber dem Antrage Websky (Bem. 2) nochmals unter Hinweis auf die Motive gerechtfertigt, worauf der Abg. Websky seinen Antrag zurückzog, indem er die Hoffnung aussprach: „Dass der Richter, wenn es sich um die Anwenduug des Begriffs Zahlungsunfähigkeit handle, zwischen Kaufleuten und anderen Personen einen Unterschied zu machen wissen werde.“ Daraufhin gab Regierungsrath Hagens zu, „dass in der thatsächlichen Prüfung, ob Zahlungseinstellung oder sonst Zahlungsunfähigkeit vorliege, das Gericht den gehofften Unterschied werde machen müssen“ und bemerkte weiter: „Uebrigens verliere der Gegensatz von Vermögensunzulänglichkeit und Zahlungsunfähigkeit in der Praxis an Schärfe. Wo, wie im Gebiete des gemeinen Rechts, die Vermögensunzulänglichkeit als Erforderniss gelte, habe sich die Praxis geholfen. So habe man auch in Preussen die Vermögensunzulänglichkeit im Falle der Eröffnung eines gemeinen Konkurses lediglich nach dem Werthe des

Vermögens zur Zeit, wo die Eröffnung in Frage gekommen, taxirt. Indessen sei dies immer noch etwas Anderes, als wenn man die Zahlungsunfähigkeit voraussetze, weil hier ausser dem eigenen Vermögen auch der Kredit des Schuldners in Betracht zu ziehen sei.“ (K.: 71, 73.)

§ 95.

Das Verfahren kann nur auf Antrag eröffnet werden.

Zu dem Antrage ist der Gemeinschuldner und jeder Konkursgläubiger berechtigt.

§ 96.

Beantragt der Gemeinschuldner die Eröffnung des Verfahrens, so hat er ein Verzeichniss der Gläubiger und Schuldner, sowie eine Uebersicht der Vermögensmasse bei Stellung des Antrags einzureichen oder, wenn dies nicht thunlich ist, ohne Verzug nachzuliefern.

§ 97.

Der Antrag eines Gläubigers auf Eröffnung des Verfahrens ist zuzulassen, wenn die Forderung des Gläubigers und die Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners glaubhaft gemacht werden.

Wird der Antrag zugelassen, so hat das Gericht den Schuldner zu hören und, sofern dieser nicht seine Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung einräumt, die erforderlichen Ermittelungen anzuordnen.

Die Anhörung des Schuldners kann unterbleiben, wenn sie eine öffentliche Zustellung oder eine Zustellung im Auslande erfordert; in diesem Falle ist, soweit thunlich, ein Vertreter oder Angehöriger des Schuldners zu hören.

(E.: §§ 95—97. M.: 325—329. K.: 73—77, 162; pr. K.-O. §§ 118. 321.)

1.

Nach § 95 kann die Konkurseröffnung nur auf Antrag nicht von Amtswegen verfügt werden, und zwar muss der Antrag noch in dem Augenblick vorliegen, in welchem das Verfahren eröffnet werden soll. „Bis zum Beschlusse über die Eröffnung des Konkurses sind die Verhandlungen nur vorbereitende, welche durch die Entziehung des sie veranlassenden Antrags zerfallen. Daraus folgt, dass mit der Zurücknahme des Antrags die Sache in die Lage kommt, als wenn ein Antrag

überhaupt nicht gestellt wäre. Es kann daher auch ein anderer Gläubiger in das Verfahren nicht eintreten; er muss den Erfordernissen des § 97 vollauf genügen. Dem Gemeinschuldner kann es ebensowenig, wie jedem anderen Provokanten verwehrt sein, den von ihm gestellten Eröffnungsantrag zurückzunehmen." (M.: 329.) Der Antrag kann sowohl schriftlich als zum Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt werden. (§ 457 C.-P.-O.)

Die Voraussetzungen, unter welchen dem Antrag stattzugeben ist, sind im § 94 und in den §§ 96 und 97 (Bem. 2 und 3) angegeben. Hienach wird, weder wenn der Antrag vom Gemeinschuldner noch wenn er von einem Gläubiger ausgeht, vorausgesetzt, dass das Vorhandensein mehrerer Gläubiger nachgewiesen werde. Der Antrag kann nicht zurückgewiesen werden, weil ein solcher Nachweis fehlt. Es wird aber kaum jemals vorkommen, dass bei dem Vorhandensein eines einzigen Gläubigers das Konkursverfahren beantragt wird.[1])

2.

Während nach der pr. K.-O. der Gemeinschuldner nur bei dem kaufmännischen nicht bei dem gemeinen Konkurs das Recht zustand, die Konkurseröffnung zu beantragen (v. § 321), räumt die K.-O. ihm dieses Recht in allen Fällen ein. „Das Verhältniss des kaufmännischen und des nicht kaufmännischen Gemeinschuldners zu ihren Gläubigern ist ganz dasselbe. Für beide besteht die wenigstens moralische Verpflichtung, ihre Gläubiger gleichmässig zu befriedigen und es zu verhindern, dass Einzelne vollständige Zahlung erhalten, Andere leer ausgehen. Sollen sie dieser Verpflichtung genügen, so muss es ihnen gestattet sein, im Falle ihrer Insolvenz auf den Konkurs anzutragen." (M.: 327.) Der Gemeinschuldner hat, wenn er die Konkurseröffnung beantragt, nicht wie die Konkursgläubiger (Bem. 3) die Verpflichtung, das Vorhandensein der Zahlungsunfähigkeit in besonderer Weise glaubhaft zu machen. „Durch die ihm zur Pflicht gemachte Vorlegung oder unverzügliche Nachlieferung eines Vermögensstatus soll für das Verfahren die erste Grundlage gewonnen werden. Die in einzelnen Gesetzgebungen vorgeschriebenen formellen Erfordernisse eines Inventars sind für diesen Status nicht wesentlich; dagegen muss derselbe, um seinem Zwecke zu entsprechen, ersichtlich machen, welche Vermögensstücke einem Anpruche auf Herausgabe oder abgesonderte Befriedigung unterliegen. Bei zweifelhaften Forderungen wird der wahrscheinliche Werth, bei den Schulden ausser dem Betrag auch der Rechtsgrund anzugeben sein. Das gleichzeitig einzureichende Verzeichniss der Gläubiger und Schuldner ist mit Rücksicht auf die nach der Konkurseröffnung sofort zu erlassenden Benachrichtigungen (§ 103) erforderlich; wünschenswerth wird in vielen Fällen auch die Bezeichnung der Wohnung sein." (M.: 329.)

Aus den Bestimmungen des § darf übrigens nicht geschlossen werden, dass die Konkurseröffnung stattfinden muss, wenn den formellen Vorschriften desselben genügt ist. Vielmehr kann das Gericht den Antrag auch desshalb zurückweisen, weil die Voraussetzungen des § 94 nicht vorliegen. Im Entwurf war gesagt,

[1]) So auch von Sarwey § 94 Bem. 3 S. 483. V. dag. von Wilmowski, der bemerkt (§ 94 Bem. 1), damit eine Konkurseröffnung begründet sei, werde unzweifelhaft vorausgesetzt, dass mehrere Gläubiger des Gemeinschuldners vorhanden seien.

dass es eines Nachweises der Zahlungsunfähigkeit nicht bedürfe, wenn die Eröffnung des Verfahrens vom Gemeinschuldner beantragt werde; diese Fassung wurde aber in der Reichstagskommission gestrichen. Regierungsrath Hagens erklärte zwar: „Nach Abs. 1 des § 96 solle der Richter dem Antrag des Schuldners stattgeben können, und in der Regel stattgeben, ohne in dieser Hinsicht ausser dem beigebrachten Verzeichniss noch weitere Ermittelung anordnen zu müssen. Die fragliche Vorschrift besage durchaus nicht, dass der Richter dem Antrage in jedem Falle und selbst dann entsprechen müsse, wenn er die Ueberzeugung habe, dass der Schuldner nicht zahlungsunfähig sei, den Antrag vielmehr aus Chikane gegen seine Gläubiger oder um sich drohenden Einzelpfändungen zu entziehen, oder um einen günstigen Zwangsvergleich herbeizuführen, gestellt habe. Dies ergebe sich aus § 94." Auch sprachen sich ein Mitglied der Kommission in demselben Sinne aus. Trotzdem wurde die Streichung beschlossen, weil man eine abweichende Auffassung von Seite einzelner Gerichte befürchtete. Von Regierungsrath Hagens wurde noch ohne Widerspruch hervorgehoben: „Es bestehe allgemeines Einverständniss darüber, dass der Richter im Falle des Antrags Seitens des Schuldners von einem weiteren Nachweis solle absehen können. Eine Verhandlung oder Anhörung des Schuldners werde nicht als nothwendig vorausgesetzt, auch nicht im Falle der Streichung des Abs. 1 in § 96." (K.: 74—76.)

Wenn das Gericht aus dem ihm vorgelegten Material die Ueberzeugung, dass der Gemeinschuldner zahlungsunfähig sei, nicht gewinnt, wird es übrigens den Antrag sofort zurückzuweisen haben. Die Vorschrift des § 97 Abs. 2 kommt in diesem Falle nicht zur Anwendung; also hat das Gericht keine weiteren Ermittelungen anzuordnen, sondern auf Grund des ihm vorliegenden, nöthigenfalls vom Gemeinschuldner zu ergänzenden, Materials über den Antrag zu entscheiden.[1])

3.

Nach § 95 ist jeder Konkursgläubiger, möge seine Forderung noch so gering sein und möge er für dieselbe einen vollstreckbaren Titel haben oder nicht, zur Antragstellung berechtigt. Ebenso steht dieses Recht den Gläubigern zu, deren Forderung eine bedingte oder betagte ist. „Gerade sie können das dringendste Interesse haben, dass dem fortschreitenden Vermögensverfall des Gemeinschuldners oder der sie gefährdenden Befriedigung anderer Gläubiger Einhalt gethan werde. Aus gleichen Gründen ist auch ein bevorrechtigter Konkursgläubiger als Antragssteller zuzulassen." (M.: 326.) Dass ein Absonderungsberechtigter, dem eine Forderung gegen den Gemeinschuldner zusteht, die Konkurseröffnung beantragen kann, ergibt sich aus der Natur der Sache und wurde auch in der Reichstagskommission (73, 74) von Regierungsrath Hagens bestätigt. Vorerst hat der Absonderungsberechtigte, da das Absonderungsrecht erst nach der Konkurseröffnung ausgeübt und ausserdem auch auf dasselbe verzichtet werden kann, die Stellung eines einfachen Konkursgläubigers. Aber auch als bedingter Gläubiger (§ 60) würde er zur Antragstellung berechtigt sein.

[1]) V. von Völderndorff §§ 96 ff. Bem. 1. Bd. II. S. 153 ff.; von Sarwey § 96 Bem. 3 S. 490.

Nach § 97 Abs. 1 hat der Antragsteller zunächst seine Eigenschaft als Konkursgläubiger, durch die er allein zur Antragstellung berechtigt wird, sodann aber auch die Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners in der in der C.-P.-O. (§ 266) vorgesehenen Weise glaubhaft zu machen. In den Motiven (329) wurde besonders hervorgehoben, dass die Glaubhaftmachung der Zahlungseinstellung durch Exekutionsakten und andere Urkunden oder durch Benennung von Zeugen, deren Vernehmung sofort erfolgen könne, jedenfalls ausreichend sei.

Ist die Glaubhaftmachung nicht erfolgt, so ist der Antrag zurückzuweisen. (§§ 99 und 101.) Hat der Gläubiger der gesetzlichen Vorschrift genügt, so kann aber nicht ohne Weiteres die Konkurseröffnung verfügt werden, sondern es muss, falls nicht die Voraussetzungen des Abs. 3 vorliegen, erst der Schuldner in der in Abs. 2 vorgeschriebenen Weise gehört werden. Man wollte bei Aufstellung des Entwurfs nicht zu dem gemeinrechtlichen Rechtszustand, wie er auch in der pr. A. G.-O. Ausdruck gefunden hatte, zurückkehren und kontradiktorisches Verfahren über das Vorhandensein der Zahlungsunfähigkeit nach strengen Beweisregeln vorschreiben, aber ebensowenig die Konkurseröffnung ohne Anhörung des Schuldners (pr. K.-O. §§ 119, 326) gestatten, weil sonst der Konkurs mit bedrohlicher Leichtigkeit eröffnet werden könne und die Beseitigung eines Missgriffs oft nicht mehr erreichbar sei. (M.: 327.) Wird vom Schuldner die behauptete Zahlungsunfähigkeit bezw. die Zahlungseinstellung, aus welcher diese zu folgern ist (Bem. I. 2 zu § 94), eingeräumt, so hat das Gericht das Verfahren zu eröffnen und kann sonach keine weitern Ermittelungen mehr verordnen. Der Wortlaut und der Sinn des Gesetzes sind klar. Nach demselben ist ein strenger Beweis nicht erforderlich, sondern muss die Glaubhaftmachung genügen. Nur wenn der Schuldner die Zahlungsunfähigkeit nicht einräumt, und dadurch die Ueberzeugung des Richters erschüttert wird, soll ein weiteres Verfahren stattfinden. [1]) Im Falle der Bestreitung hat das Gericht nähere Ermittelungen anzuordnen, wenn diese überhaupt noch nothwendig sind, d. h. „wenn solche zur Ergänzung des Beweises erforderlich erscheinen.“ (M.: 329.) Hat das Gericht, ungeachtet der Bestreitung durch den Schuldner, die Ueberzeugung gewonnen, dass die Voraussetzungen des § 94 vorliegen, so bedarf es weiterer Ermittelungen nicht. Das Nichterscheinen des Schuldners kann als Einräumung im Sinne des § 97 nicht angesehen werden; es können also, wenn derselbe ausbleibt, nähere Ermittelungen angeordnet werden. Es muss dies aber nach dem Gesagten nicht nothwendig geschehen, und wird das Gericht sich auch in der Regel mit der der Zulassung des Antrags vorausgegangenen Glaubhaftmachung begnügen. [2])

[1]) V. von Sarwey § 97 Bem. 6 S. 493 und von Völderndorff §§ 96 ff. Bem. k. Bd. II. S. 163. A. M. sind Hullmann § 97 Bem. 4 S. 242; von Wilmowski ebendas. Bem. 4 S. 228 und Wengler § 97 Bem. 3 S. 488, welche ungeachtet der Einräumung des Schuldners die Anordnung weiterer Ermittelungen für zulässig halten.

[2]) V. von Sarwey § 97 Bem. 6 S. 493; von Völderndorff §§ 96 ff. Bem. i. II. Bd. II. S. 162 ff. Letzterer geht nur darin zu weit, dass er sagt, wenn der Schuldner sich nicht hören lasse, müssten unter allen Umständen Ermittelungen erfolgen. Eine stärkere Wirkung als die ausdrückliche Bestreitung kann das Nichterscheinen oder Nichtantworten des Schuldners nicht haben.

In der Reichstagskommission wurde dem Abs. 2, auf Antrag von Vahl, die jetzige Fassung gegeben, um das Missverständniss auszuschliessen, „dass es nach der Glaubhaftmachung eines weiteren Nachweises nicht bedürfe." Dagegen wurde ein Antrag von Hullmann, nach welcher auch im Fall des § 97 der Schuldner zur Einlieferung des in § 96 Abs. 2 vorgesehenen Verzeichnisses und der Vermögensübersicht angehalten werden sollte, abgelehnt. Von Regierungsrath Hagens wurde hierauf ohne Widerspruch konstatirt: „dass danach die Vorschrift, welche den Schuldner zu Einreichung eines Verzeichnisses der Gläubiger und Schuldner, sowie einer Uebersicht der Vermögensmasse unbedingt und allgemein verpflichte, nur dann gelte, wenn der Schuldner den Antrag auf Eröffnung des Verfahrens selbst gestellt habe." (K.: 75—77.) Auch wenn ein Gläubiger den Antrag gestellt hat, und der Schuldner die Zahlungsunfähigkeit bestreitet, kann übrigens das Gericht die Einreichung der fraglichen Schriftstücke verlangen, da dieselbe zu den „erforderlichen Ermittelungen" gehören kann. [1])

§ 98.

Das Gericht kann die zwangsweise Vorführung und die Haft des Schuldners anordnen. Dasselbe kann alle zur Sicherung der Masse dienenden einstweiligen Anordnungen treffen. Es kann insbesondere ein allgemeines Veräusserungsverbot an den Schuldner erlassen.

Wird das Verbot öffentlich bekannt gemacht, so findet auf Pfand- und Hypothekenrechte, welche im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Arrestes nach der Bekanntmachung des Verbots erworben oder eingetragen worden sind, die Bestimmung des § 12 entsprechende Anwendung.

Bei der Abweisung des Eröffnungsantrags sind die angeordneten Sicherheitsmassregeln aufzuheben.

(E.: § 98. M.: 329—331. K.: 77. 162; pr. K.-O. § 137.)

1.

„Die pr. K.-O. (§ 137) erklärt das Konkursgericht für befugt, in dringenden Fällen bereits vor der Beschlussfassung über die Konkurseröffnung die Verhaftung des Gemeinschuldners, eine Siegelung, den offenen Arrest und eine Beschlagnahme der Immobilien auf Antrag eines Gläubigers oder von Amtswegen eintreten zu lassen. Eine derartige Massregel rechtfertigt sich dadurch, dass in Fällen, in denen vor der Eröffnung des Verfahrens Ermittelungen anzuordnen sind, welche längere Zeit in Anspruch nehmen können, der Zweck des Konkursverfahrens,

1) V. Hullmann § 97 Bem. 4 S. 242; von Wilmowski ebendas. Bem. 4 S. 292; von Sarwey § 97 Bem. 6 S. 493; von Völderndorff §§ 96 ff. Bem. i. I. Bd. II. S. 162.

eine gleichmässige Befriedigung der Gläubiger zu erzielen, durch Handlungen des Schuldners oder anderer Gläubiger nicht vereitelt werden darf. Durch die Vorschriften der C.-P.-O. über das richterliche Pfandrecht (§§ 709 und 810) wird die Gefahr einer Vereitelung dieses Zwecks durch die Gläubiger nicht unbedeutend erhöht; damit gewinnen die provisorischen Sicherheitsanordnungen an Wichtigkeit und werden häufiger als bisher zur Anwendung kommen müssen. Dem Rechnung tragend lässt § 98 ebenfalls schon vor der Eröffnung des Verfahrens alle Sicherheitsmassegeln, sowohl gegen die Person des Gemeinschuldners, wie gegen dessen Vermögen zu. Das Gericht hat darüber nach eigenem Ermessen zu entscheiden und wird sich hiebei durch die Umstände des Einzelfalles leiten lassen. Wo nicht der Gemeinschuldner selbst die Eröffnung des Verfahrens beantragt, oder sonst die Voraussetzungen der Konkurseröffnung klar vorliegen, wird in der Regel das Gericht solche Massregeln vermeiden, welche den Kredit des Gemeinschuldners vernichten, oder unwiederbringlich beschädigen müssten. Durch Siegelung, Erlass von Inhibitorien, Eintragung von Sperrvermerken in den Grund- und Hypothekenbüchern ist gewiss in vielen Fällen ein genügender Schutz für die Gläubiger ohne rücksichtslose Härte gegen den Gemeinschuldner zu erreichen." (M.: 229, 330.) Zur Erlassung der hier vorgesehenen Massregeln ist nur das Konkursgericht zuständig. Ein anderes Gericht kann Sicherheitsmassregeln gegen den Schuldner nur dann verfügen, wenn die Voraussetzungen der §§ 796 ff. der C.-P.-O. vorliegen. Bezüglich der Zeit, von welcher an das Gericht die vorgesehenen Massregeln treffen kann, enthält das Gesetz keinerlei Beschränkung. Dieselben können also unmittelbar nach der Einreichung des Antrags erfolgen. Es liegt aber in der Natur der Sache, dass eine Entscheidung erst dann getroffen wird, wenn die „Zulassung" des Antrags feststeht. Hat der Gemeinschuldner selbst die Konkurseröffnung beantragt, so werden die erforderlichen Massregeln in der Regel gleichzeitig mit der Konkurseröffnung, andernfalls je nach der vorhandenen Gefahr in dem Augenblick verfügt werden, in welchem die Anhörung des Schuldners angeordnet wird, oder unmittelbar nachdem dieselbe stattgefunden hat.

2.

Die zwangsweise Vorführung und die Haft, von welcher im § die Rede ist, kommen hier nur als Sicherungsmassregeln in Betracht. Statt der eigentlichen Haft können übrigens, wie bei dem „persönlichen Sicherheitsarrest" der C.-P.-O. (§§ 798, 812) unzweifelhaft auch sonstige Beschränkungen der persönlichen Freiheit verfügt werden. [1]) Welcher Art die im Uebrigen zu treffenden Massregeln sein sollen, ist im Gesetz nicht bestimmt; es ist also, wie bei den „einstweiligen Verfügungen" der C.-P.-O., dem Ermessen des Gerichts ein weiter Spielraum gelassen. [2]) Die betr. Anordnung muss jedoch einmal zur Sicherung der Masse dienen und dann muss sie eine einstweilige sein, d. h. sie darf nicht definitiv in die Rechte Dritter eingreifen. Hienach kann z. B. nicht die Schliessung eines Ladens oder einer Fabrik verfügt werden. [3]) Das im Gesetz besonders

[1]) V. Kommentar zur C.-P.-O. §§ 808 ff. Bem. III. Bd. II. S. 869 ff.

[2]) V. Kommentar zur C.-P.-O. Bem. III. 2 zu §§ 814 ff. Bd. II. S. 874 ff.

[3]) Von Völderndorff § 98 Bem. c. Bd. II. S. 169.

hervorgehobene Veräusserungsverbot soll, abgesehen von seinen sonstigen Wirkungen, welche sich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen bestimmen, insbesondere die Benachtheiligung der Gläubiger durch fernere Zwangsvollstreckungen und das damit verbundene Pfändungspfandrecht verhindern. Die sofortige Untersagung aller Zwangsvollstreckungen, wie sie das englische Recht gestattet, wurde als unthunlich angesehen, weil dadurch für den Fall der Zurückweisung des Eröffnungsantrags die andringenden Gläubiger in ungerechtfertigter Weise geschädigt werden könnten. Es soll aber den durch Pfändung oder Arrest erworbenen Pfandrechten, vorausgesetzt dass es zur Konkurseröffnung kommt, den Konkursgläubigern gegenüber die dingliche Kraft versagt werden. Diese Wirkung des Veräusserungsverbots tritt, wenn dasselbe öffentlich bekannt gemacht wurde, mit der Bekanntmachung ein, durch welche die Kenntniss des Verbots, kraft einer rechtlichen Fiktion, ersetzt wird. (M.: 330, 331.) Auf freiwillig eingeräumte Pfandrechte bezieht sich die Vorschrift des §, wie in der Reichstagskommission (77) von Regierungsrath Hagens bemerkt wurde, nicht. Vielmehr hat es bezüglich dieser bei den Vorschriften über die Anfechtbarkeit sein Bewenden. Hinsichtlich der Art und Weise, in welcher das Veräusserungsverbot wirkt, ist auf die Bem. 3 zu § 12 zu verweisen. Soweit es sich um unbewegliche Sachen handelt, kann die Landesgesetzgebung vorschreiben, dass das Veräusserungsverbot in die öffentlichen Bücher einzutragen ist und dass von da ab keine Absonderungsrechte mehr erworben werden können.[1])

3.

Bezüglich des Verfahrens und der Aufhebung der getroffenen Verfügungen wurde in den Motiven (331) bemerkt: „Alle zulässigen Sicherheitsmassregeln fallen unter den Begriff des Arrestes oder der einstweiligen Verfügungen; sie zeichnen sich dadurch von ihnen aus, dass sie nicht die Sicherung einer einzelnen Forderung, sondern die aller bestehenden Konkursforderungen bezwecken. Auf das Verfahren finden daher die Vorschriften der C.-P.-O. Buch VIII. Abschnitt V. zwar in einzelnen Punkten entsprechende Anwendung; in vielen Beziehungen aber verbietet sich eine Anwendung durch die Verschiedenheit des Konkurs- und des Vorverfahrens im Verhältniss zu einem Rechtsstreit unter einzelnen Parteien; die getroffenen Massregeln kann z. B. der Schuldner nicht durch Kautionsleistung aufheben (§§ 803 und 813 ff. C.-P.-O.); die Aufhebung der Massregeln kann nur zugleich mit der Abweisung des Antrags auf Konkurseröffnung erfolgen u. s. w.“

Was die Abwendung oder Aufhebung der in Frage stehenden Massregeln durch den Gemeinschuldner anbelangt, so erscheint die Bemerkung in den Motiven als vollkommen zutreffend. Da es in das Ermessen des Gerichts gestellt ist, ob von der ihm eingeräumten Befugniss Gebrauch gemacht werden soll, hat weder der Gemeinschuldner ein Recht darauf, die in Frage stehenden Massregeln durch Sicherheitsbestellung abzuwenden, noch können die Gläubiger deren Anordnung durch das Anerbieten einer Sicherheitsleistung erzwingen. Die Anwendung der §§ 803 und 813 C.-P.-O. ist schon desshalb ausgeschlossen, weil ein Geldbetrag,

[1]) Von Sarwey § 98 Bem. 4 Nr. 3 S. 498.

welcher die Erreichung des erstrebten Zwecks vollständig sichert, gar nicht festgestellt werden kann, vielmehr nur eine Summe, welche die Befriedigung sämmtlicher Konkursgläubiger sichert, also das ganze Verfahren beseitigsn würde, die Sicherheitsmassregeln überflüssig machen würde.[1]) Dass die Anordnung einer bestimmten, von einem Gläubiger beantragten Sicherheitsmassregel von einer durch diesen zu bewirkenden Sicherheitsleistung abhängig gemacht wird, kann nicht ausgeschlossen sein, da es im Belieben des Gerichts steht, die Anordnung ganz zu unterlassen. Insofern kann ebenso wie bei Gestattung eines Arrests (§ 801 Abs. 2 C.-P.-O.) verfahren werden. Auch wird nichts im Wege stehen, wenn das Gericht eine bestimmte Massregel z. B. die Verhaftung desshalb unterlassen will, weil der Gemeinschuldner dafür Sicherheit bestellt, dass er sich nicht entfernt, was z. B. durch Bürgschaftsleistung geschehen kann. Das Gericht ist weder nach der einen noch nach der anderen Richtung beschränkt.[2])

Was die Aufhebung der angeordneten Massregeln anbelangt, so kann das Gericht seine durch Beschwerde angegriffene Verfügung nicht mehr abändern, da die Befugniss zur Abänderung nicht wie im Falle des § 87 (Bem. III. 1 §§ 85 ff.) ausdrücklich eingeräumt ist, sonach § 540 Abs. 3 C.-P.-O. zur Anwendung kommen muss. Daraus folgt aber nicht, dass das Gericht nicht befugt ist, die Massregel selbst, nachdem der Zweck derselben erreicht oder dieselbe überflüssig geworden ist, wieder aufzuheben. Darin liegt an sich nicht eine Abänderung des Beschlusses. Auch sprechen dieselben Gründe, welche die Befugniss zur Aufhebung des Arrests wegen veränderter Umstände rechtfertigen, dafür, dass auch im Konkursverfahren dieses Recht bestehe, und muss desshalb § 807 C.-P.-O. Abs. 1 entsprechende Anwendung finden. Nach den Motiven scheint es allerdings, dass die einmal beschlossene Massregel nur im Falle der Abweisung des Eröffnungsantrags aufgehoben werden könne. Aber diese Aeusserung kann nur auf die Aufhebung oder Zurückziehung des Beschlusses bezogen werden und ist jedenfalls nicht bindend. Sowie es zulässig sein muss, dass eine Sicherungsmassregel, z. B. die Haft, nur wegen bestimmter Umstände und für die Zeit, in welcher dieselben bestehen, angeordnet werde, und dass dieselbe aufgehoben wird, wenn eine Veränderung der Umstände eingetreten ist, so muss die Aufhebung auch dann gestattet sein, wenn die Beschränkung zwar nicht ausdrücklich der Anordnung beigefügt wurde, aber die Massregel ihre Bedeutung verloren hat.[3])

[1]) V. von Sarwey § 98 Bem. 6 S. 498 ff. Von Völderndorff bemerkt (ebendas. Bem. a. II. Bd. II. S. 167), die Motive gingen zu weit, wenn sie die Bestimmungen der C.-P.-O. über Kautionsleistung überhaupt für unverwendbar erklärten. In denselben wird aber nur gesagt, dass der Schuldner die betr. Massregeln nicht durch Sicherheitsleistung abwenden könne und ausdrücklich auf die §§ 803 und 813 verwiesen, deren Anwendung in der That ausgeschlossen ist.

[2]) V. von Völderndorff a. a. O. S. 167, 168 und 171.

[3]) V. von Völderndorff § 98 Bem. g. Bd. II. S. 171. A. M. ist von Sarwey der (§ 98 Bem. 6. S. 499) die Ansicht ausspricht, dass nur die Haft, welche zum Zweck der Befolgung richterlicher Auflagen verhängt worden sei, vor der Abweisung des Antrags wieder aufgehoben werden könne, wenn dieser Zweck erreicht sei oder § 794 C.-P.-O. zur Anwendung komme.

Wird der Antrag auf Konkurseröffnung zurückgewiesen, so muss nach § 98 Abs. 2 gleichzeitig mit der Zurückweisung auch die Aufhebung der vorläufig angeordneten Sicherheitsmassregeln erfolgen und zwar muss dieselbe von Amtswegen verfügt werden. (K.: 162.) „Die durch die Sicherheitsmassregeln herbeigeführten Kosten gehören zu den Kosten des Eröffnungsverfahrens, welche dem abgewiesenen Antragsteller zur Last fallen. Für den Fall der Eröffnung sind alle diese Kosten den Massekosten (§ 51) zuzurechnen, da sie alsdann rückwirkend den Charakter einer Aufwendung im gemeinschaftlichen Interesse annehmen." (M.: 331.) Die Aufhebung muss ebenso wie die Anordnung der Sicherheitsmassregeln sofort in Wirksamkeit treten, obgleich gegen die Zurückweisung des Antrags auf Konkurseröffnung sofortige Beschwerde zusteht. Diese Beschwerde hat nach § 535 C.-P.-O. keine aufschiebende Wirkung; es liegt die Sache also vorerst ebenso, als ob der Antrag sofort zurückgewiesen worden, und die Anordnung der Sicherheitsmassregeln gar nicht erfolgt wäre. Falls die Entscheidung des Konkursgerichts durch Beschwerde angefochten wird, kann dasselbe übrigens nach § 535 Abs. 2 anordnen, dass die Vollziehung der Entscheidung einstweilen ausgesetzt werde, und ebenso kann das Beschwerdegericht nach Abs. 3 dieses § dies verfügen, oder die einstweiligen Sicherheitsmassregeln neuerdings anordnen.[1]) Dass die angeordneten Sicherheitsmassregeln auch aufzuheben sind, wenn der Antrag auf Eröffnung des Verfahrens vor der Konkurseröffnung zurückgezogen wird (Bem. 1 zu §§ 95 ff.), versteht sich von selbst. Haben mehrere Gläubiger in zulässiger Weise die Eröffnung beantragt, so wird übrigens die Aufhebung nur dann zu erfolgen haben, wenn der Antrag von allen zurückgenommen wird, da nur in diesem Falle die Sache in den früheren Stand zurückversetzt und der getroffenen Anordnung die rechtliche Grundlage entzogen wird. In der Reichstagskommission stellte von Sarwey den Antrag, in Abs. 2 nach dem Worte „Eröffnungsantrag" die Worte einzuschalten: „ebenso im Falle einer Zurücknahme vor der Bestätigung des Eröffnungsbeschlusses nach erhobener Beschwerde." Darauf erklärte Regierungsrath Hagens: „der vorgeschlagene Satz sei richtig, solange der Antragsteller noch Herr seines Antrags geblieben, andere Gläubiger nicht beigetreten seien. Die Bestimmung sei aber überflüssig. Dieser Fall der Zurücknahme des Antrags liege nicht anders, als eine Zurücknahme desselben vor dem Erlass des Beschlusses." Der hierauf abgeänderte Antrag, hinter „Abweisung" einzuschalten „oder Zurückweisung" wurde abgelehnt, nachdem Regierungsrath Hagens bemerkt hatte: „der Abs. 2 besage, dass die Aufhebung der Sicherheitsmassregeln bei der Abweisung, also sofort und dass sie ohne Antrag zu erfolgen habe. Auf die Fälle einer Zurücknahme passe das nicht." (K.: 162.)

[1]) V. von Sarwey § 98 Bem. 6 S. 498, und von Völderndorff ebendas. Bem. g. Bd. II. S. 171. Letzterer geht anscheinend zu weit, da er bemerkt, es dürfe dem Antragsteller, bevor die Abweisung in Rechtskraft erwachsen sei, nicht wohl präjudizirt werden. Aus dessen Bem. zu § 101 geht aber hervor, dass er gleichfalls nur die Anwendbarkeit von § 535 Abs. 2 und 3 der C.-P.-O. behauptet.

§ 99.

Die Abweisung des Eröffnungsantrags kann erfolgen, wenn nach dem Ermessen des Gerichts eine den Kosten des Verfahrens entsprechende Konkursmasse nicht vorhanden ist.

(E.: § 99. M.: 331. K.: 77; pr. K.-O. §§ 120. 306. 327. 339.)

1.

„Dass das Gericht den Eröffnungsantrag durch förmlichen Beschluss abzuweisen hat, wenn den gesetzlichen Vorschriften nicht entsprochen ist oder die erforderlichen Nachweise nicht ausreichend vorliegen oder beigebracht werden," wurde in den Motiven (331) als selbstverständlich vorausgesetzt, im Gesetz aber nicht ausdrücklich ausgesprochen. In der Reichstagskommission wurde vorgeschlagen, in § 99 hinter „kann" einzuschalten „auch", welche Einschaltung es deutlich hätte hervortreten lassen, dass es sich hier nur um einen einzelnen Fall der Abweisung handelt. Der Antrag wurde aber zurückgezogen, nachdem Regierungsrath Hagens erklärt hatte: „Bei Abfassung des Entwurfs sei in Frage gekommen, ob man nicht sagen wolle: „„kann insbesondere erfolgen, wenn u. s. w."" Indessen stehe die Sache nach § 94 anders; wenn dessen Voraussetzungen nicht gegeben seien, müsse die Abweisung erfolgen." (K.: 77.) Die Kosten des Eröffnungsverfahrens fallen dem abgewiesenen Antragsteller zur Last. (V. Bem. 3 zu § 98.)

2.

„Die Befugniss des Gerichts, wegen Geringfügigkeit der Konkursmasse die Konkurseröffnung abzulehnen, bestand im Gebiet der pr. K.-O. bereits zu Recht (v. §§ 306, 339) und hat sich hier als sehr zweckmässig erwiesen. Die Zulassung des Konkurses über eine Vermögensmasse, welche voraussichtlich durch die Kosten des Verfahrens aufgezehrt werden wird, kann Niemand zum Vortheil gereichen, und würde als eine ungerechte Härte gegen die Konkursgläubiger erscheinen, welchen die Konkurseröffnung nach § 11 jede Exekution gegen den Gemeinschuldner abschneidet. — Dass die mit Pfand-, Hypotheken- oder sonstigen Absonderungsrechten belasteten Vermögensstücke der Masse nicht zugerechnet werden dürfen, soweit nicht aus denselben ein Ueberschuss für die Konkursgläubiger zu erwarten ist, folgt aus der Bestimmung des § 3. Die pr. K.-O. (§ 339) wollte für den gemeinen Konkurs auch Besoldungen und andere an die Person des Gemeinschuldners gebundene Einkünfte von der Berechnung ausgeschlossen wissen. Indessen dem öffentlichen Recht ist durch die in der C.-P.-O. (§ 749) vorgeschriebenen Exekutionsbeschränkungen, welche nach § 1 auch für den Konkurs zu beachten sind, genügend Rechnung getragen. Ob die hievon nicht betroffenen, an die Person des Gemeinschuldners geknüpften Einkünfte in Ermanglung anderen Vermögens eine ausreichende Masse bilden, konnte füglich dem Ermessen des Gerichts überlassen werden. Häufig wird dasselbe die Frage gerade desshalb zu verneinen haben, weil durch ältere Pfändungen der exekutionsfähige Theil dieser Einkünfte auf lange Jahre hinaus absorbirt ist. Andererseits

ist auch der Fall denkbar, dass das Gericht, trotz der Geringfügigkeit der augenblicklich disponiblen Masse, die Einleitung des Konkurses desshalb angemessen findet, weil sie die Möglichkeit eröffnet, durch Anfechtung nachtheiliger Rechtshandlungen des Gemeinschuldners Befriedigungsobjekte für die Gläubiger herbeizuschaffen, welche demselben sonst entzogen bleiben würden." (M.: 331, 332.) Der Vorschrift des § entspricht die des § 190.

In der Reichstagskommission (77) wurde von Kochann bemerkt, dass man ohne einen Kostentarif nicht zu beurtheilen im Stande sein werde, ob die vorhandene Masse den zu erwartenden Kosten genüge, worauf der Vorsitzende erwiderte: „dass schon wegen der Kosten des Verwalters bezw. des Gläubigerausschusses in jedem Falle, auch wenn man einen Tarif hätte, eine Schätzung vorgenommen werden müsse."

§ 100.

Der Eröffnungsbeschluss hat die Stunde der Eröffnung anzugeben.

Ist dies versäumt worden, so gilt als Zeitpunkt der Eröffnung die Mittagsstunde des Tages, an welchem der Beschluss erlassen ist.

(E.: § 100. M.: 332—334. K.: 77; pr. K.-O. §§ 122 u. 328.)

1.

In den Motiven (332) wurde bezüglich des § bemerkt: „Die Wirkungen des Konkursverfahrens beginnen mit der Eröffnung desselben; darum ist die genaue Feststellung dieses Zeitpunkts von besonderer Wichtigkeit. Der § 100 verordnet, dass die Feststellung in dem Eröffnungsbeschlusse geschehen soll. Natürlich handelt es sich hiebei nicht um eine richterliche Entscheidung, sondern um eine Beurkundung. Die Eröffnung fällt mit dem Augenblick der Verkündung des Urtheils zusammen, auch dann, wenn diese ausnahmsweise auf einen späteren Termin vertagt werden möchte (§ 281 C.-P.-O.), da erst durch die Verkündung der Beschluss bindende Kraft erhält. Ist die Feststellung versäumt, so soll die in die Durchschnittsmitte der üblichen Geschäftsstunden fallende Mittagsstunde als Zeitpunkt der Eröffnung gelten, eine Fiktion, gegen welche ein Gegenbeweis nicht zulässig ist." Diese aus den Motiven zum ersten Entwurf herübergenommenen Bemerkungen sind aber insofern nicht mehr zutreffend, als in der K.-O. nicht mehr wie im Entwurf zu einer Gemeinschuld-Ordnung (§ 110) die Verkündung des Eröffnungsbeschlusses vorgeschrieben, sondern derselbe gemäss § 103 und unter entsprechender Anwendung des § 294 C.-P.-O. den Betheiligten durch öffentliche Bekanntmachung, welche nach § 68 die Stelle der Zustellung vertritt, und, soweit thunlich, durch besondere Zustellung mitzutheilen ist. Nach Abs. 1 ist die Eröffnung selbst, nicht der Zeitpunkt der Bekanntmachung oder Zustellung, entscheidend. Die Eröffnung hat aber stattgefunden, sobald der Beschluss

vom Gericht erlassen worden ist, d. h. die im Gesetz vorgesehenen Verfügungen getroffen worden sind.[1]) Dabei kann es natürlich nicht auf den Augenblick ankommen, in welchem der Amtsrichter für sich zum Entschluss kam, dass die Konkurseröffnung nothwendig sei, sondern auf den Zeitpunkt, in welchem diesem Entschluss Folge gegeben und derselbe ausgesprochen wurde, sei es derart, dass der Amtsrichter selbst die Verfügung niederschrieb, sei es dass er den Gerichtsschreiber damit beauftragte. Nach der preuss. K.-O. (§ 121) fiel der Zeitpunkt der Konkurseröffnung auf die Stunde, in welcher der Beschluss „gefasst" wurde. Da die Beschlussfassung durch ein Collegium erfolgte, handelt es sich aber auch dort um einen äusseren Akt, nicht um einen innerlichen Vorgang, und es besteht zwischen der Vorschrift der pr. K.-O. und der Bestimmung des § ein wesentlicher Unterschied nicht. Nur ist hier, da eine Abstimmung nicht stattfindet, der Augenblick entscheidend, in welchem der Amtsrichter die ihm zustehende Entscheidung in bindender Weise ausgesprochen hat. Dies ist jedenfalls dann geschehen, wenn der Beschluss förmlich niedergeschrieben und unterschrieben worden ist. Es muss aber auch genügen, wenn der Richter seinen Beschluss dem Gerichtsschreiber mitgetheilt und denselben mit der Ausführung beauftragt hat. Von diesem Augenblick an steht es nicht mehr im Belieben des Richters, seinen Beschluss zurückzuziehen.[2]) Da die Stunde der Eröffnung im Beschluss anzugeben ist, und die Beobachtung dieser Vorschrift nicht wohl unterlassen werden wird, kann übrigens ein Streit über die Zeit der Eröffnung nicht leicht vorkommen, sondern es handelt sich lediglich darum, dass das Gericht selbst von der richtigen Auffassung ausgeht. Eine Anfechtung der Zeitangabe kann nicht vorkommen, da es sich hiebei nicht um eine Entscheidung sondern um eine Beurkundung handelt.

[1]) V. Hullmann § 100 Bem. 1 S. 249; von Sarwey ebendas. Bem. 2 S. 503 ff.; von Völderndorff § 100 Bem. b. Bd. II. S. 177 ff. A. M. sind von Wilmowski (§ 100 Bem. 2 S. 233) und Wengler (ebendas. Bem. 2 S. 494), welche im Anschluss an die Motive die Eröffnung erst von dem Zeitpunkt der Verkündung an datiren.

[2]) Hullmann behauptet zwar a. a. O., dass die schriftliche Abfassung des Beschlusses nicht genüge, derselbe vielmehr erst dann als erlassen gelte, wenn der Richter den abgefassten und unterschriebenen Beschluss zum Zweck der Zustellung aushändige. Diese Thätigkeit hat aber mit dem Erlassen des Beschlusses nichts zu thun, sondern setzt voraus, dass der Beschluss erlassen worden ist. Von Völderndorff, der zwischen der „Fassung" und der „Erlassung" des Beschlusses einen Unterschied macht, geht immer noch zu weit, wenn er behauptet, der Beschluss sei erst dann erlassen, wenn er formulirt und ausgefertigt worden sei. Wenn der Amtsrichter Vormittags um 12 Uhr beschliesst, dass der Konkurs zu eröffnen sei, und den Gerichtsschreiber beauftragt, den Beschluss abzufassen und bekannt machen zu lassen, so wird als Zeit der Eröffnung mit Recht die Mittagsstunde angegeben, wenngleich der Beschluss erst Abends unterschrieben worden ist. Der Ansicht von Völderndorff, dass der Beschluss, solange er nicht durch Zustellung oder Bekanntmachung verkündet worden sei, vom Richter wieder zurückgezogen oder geändert werden könne, kann gleichfalls nicht beigestimmt werden. Sobald der Beschluss „erlassen" ist, haben die Betheiligten ein Recht auf dessen Ausführung. V. auch von Sarwey § 100 Bem. 2 S. 504.

2.

Dass bezüglich der Rechtshandlungen, welche am Tage der Konkurseröffnung erfolgt sind, im Zweifel die Vermuthung gilt, als seien sie erst nach der Eröffnung des Verfahrens vorgenommen worden, ist durch § 6 vorgeschrieben. „Andere Gesetzgebungen lassen die Konkurseröffnung auf den Anfang des Tages, an welchem dieselbe ausgesprochen wird, zurückziehen, um Streitigkeiten über die Priorität derselben gegenüber den am Eröffnungstage vorgekommenen Rechtshandlungen auszuschliessen; so wünschenswerth aber ein solches Resultat wäre, so musste doch darauf verzichtet werden, da es nicht ohne offenbare Rechtsverletzungen zu erreichen gewesen wäre.“ (M.: 332.)

3.

Nach französischem Recht (Art. 441 c. de com.) und nach der pr. K.-O. (§ 122) ist der Tag des Eintritts der Zahlungseinstellung vom Konkursgericht und zwar sofort bei der Konkurseröffnung festzusetzen. Dies ist vorgeschrieben worden, damit die Möglichkeit abweichender Entscheidungen in den vor verschiedenen Gerichten zu verhandelnden Prozessen ausgeschlossen werde und weil man das Konkursgericht allein für befähigt hielt, die Sachlage vollständig zu übersehen. Eine solche Festsetzung erfolgt nach der K.-O. nicht in allgemeiner Weise durch das Konkursgericht, sondern es hat, wenn in einem Prozesse über die Zeit der Zahlungseinstellung Streit entsteht, darüber das Prozessgericht in derselben Weise wie über andere Streitpunkte zu entscheiden. In den Motiven (332—334) wurde diese Abweichung ausführlich gerechtfertigt und wurde insbesondere bemerkt: „Die einer Entscheidung des Konkursgerichts zu unterbreitenden Thatsachen können jedem anderen Gerichte in gleicher Vollständigkeit vorgetragen werden und es ist die Aufgabe des die Anfechtung betreibenden Verwalters, der Gefahr widersprechender Urtheile, deren Tragweite durch § 26 ohnedies erheblich abgeschwächt ist, durch eine sorgfältige Benützung aller Materialien entgegenzuwirken. Möchte dennoch nicht in allen Prozessen dieselbe Festsetzung erfolgen, so würde dies immerhin weniger zu beklagen sein, als ein Sieg des rein formellen Rechts über das materielle. Durch die Bestimmungen der französischen und preussischen Gesetze wird dem materiellen Rechte Gewalt angethan. Auf dem früheren oder späteren Zeitpunkt der Zahlungseinstellung beruht das Anfechtungs-, das Kompensationsrecht u. s. w.; er bildet gleich wie die Kenntniss des Zeitpunkts und die anderen Fundamente des Anspruchs naturgemäss einen Theil des Anfechtungsprozesses. Man reisst aus demselben diesen einen Bestandtheil heraus und fügt ihn dem Konkursverfahren ein, dessen Eröffnung es durchaus nicht mit der Frage zu thun hat, wann, sondern nur ob die Zahlungseinstellung erfolgt ist.“ (M.: 333.) Weiter wurde noch ausgeführt, dass die Zeit, zu welcher die Konkurseröffnung erfolge, ein möglichst ungünstiges Stadium sei, um den Anfang der Zahlungseinstellung zu bestimmen und dass das französisch-preussische System auch eine Rechtsverletzung gegen die Anfechtungsinteressenten enthalte, denen nicht in genügender Weise Gelegenheit gegeben sei, ihre Interessen zu wahren. (M.: a. a. O.)

§ 101.

Die sofortige Beschwerde steht gegen den Eröffnungsbeschluss nur dem Gemeinschuldner, gegen den abweisenden Beschluss nur demjenigen zu, welcher den Eröffnungsantrag gestellt hat.

(E.: §§ 101. M.: 334. 335. K.: 77. 78; pr. K.-O. §§ 120. 124. 125. 327. 330. 331.)

1.

„Der § 101 lässt die sofortige Beschwerde sowohl gegen den Eröffnungsbeschluss wie gegen den abweisenden Beschluss zu. Wenn in Gemässheit der §§ 540 und 535 C.-P.-O. dem Konkursgerichte und dem Beschwerdegerichte die Befugniss beigelegt ist, die Vollziehung, sei es des abweisenden, sei es des Eröffnungsbeschlusses, auszusetzen, so kann eine derartige Befugniss unter der Voraussetzung ihrer dem exceptionellen Falle entsprechenden Anwendung nach beiden Seiten hin nur wohlthätig wirken. Die Beschwerde gegen den Eröffnungsbeschluss ist in Uebereinstimmung mit der pr. K.-O. nur dem Gemeinschuldner gestattet worden; die Konkurseröffnung, welche auf den Antrag des letzteren oder eines Gläubigers ausgesprochen wird, erfolgt im Interesse und in Anerkennung des Konkursanspruchs der gesammten Gläubiger; sie kann nicht von einen einzelnen anderen Gläubiger, dessen Interesse ein anderes sein möchte, zum Gegenstande der Beschwerde gemacht werden. Auch gegen den abweisenden Beschluss soll die Beschwerde nur demjenigen zustehen, welcher den Konkursantrag gestellt hat, allerdings einem jeden Antragsteller; der Gemeinschuldner konnte von der Beschwerde sowenig wie vom Konkursantrage ausgeschlossen werden.“ (M.: 434, 435). Der Gemeinschuldner kann selbstverständlich gegen den Eröffnungsbeschluss dann Beschwerde nicht erheben, wenn er selbst den Antrag gestellt hat; in diesem Fall gibt es also überhaupt keine Beschwerde.[1]) Gegen den abweisenden Beschluss kann nach der bestimmten Fassung des Gesetzes auch der Gemeinschuldner nur dann Beschwerde erheben, wenn er selbst den Antrag gestellt hatte; es steht aber in seiner Hand, wenn dies nicht geschehen war, nun seinerseits die Eröffnung zu beantragen, und wenn er zurückgewiesen wird, Beschwerde zu erheben. In der Reichstagskommission (77, 78) machte Goldschmidt Bedenken gegen das System der C.-P.-O. geltend, weil dem Gemeinschuldner nur eine einmalige Beschwerde an das Landgericht, gegen dessen abweisenden Beschluss aber kein Rechtsmittel mehr zustehe. Ein besonderer Antrag wurde jedoch von demselben nicht gestellt.

2.

Bezüglich der Art und Weise, in welcher die sofortige Beschwerde zu erheben und durchzuführen ist, muss auf die Erläuterungen zu den §§ 530—540

[1]) V. von Sarwey § 101 Bem. 2 S. 506 und von Völderndorff ebendas. Bem. b. I. Bd. II. S. 181.

C.-P.-O. verwiesen werden. Die Beschwerdefrist beginnt mit der Bekanntmachung bezw. mit der Zuztellung des Beschlusses. (Bem. 1 zu § 68.) Gegen den Beschluss des Amtsgerichts kann immer nur von einer bestimmten Person, nämlich von dem Gemeinschuldner oder dem Gläubiger, der mit dem Eröffnungsantrag zurückgewiesen wurde, Beschwerde erhoben werden. Wenn der Beschluss des Amtsgerichts abgeändert wird, kann dann vom Gegner der Beschluss des Beschwerdegerichts angefochten werden. Bezüglich der Frage, wann ein „neuer selbständiger Beschwerdegrund" vorliegt, welcher die „weitere Beschwerde" rechtfertigt, ist auf die Erläuterungen zu § 531 C.-P.-O. (Bem. 2) zu verweisen.

§ 102.

Bei der Eröffnung des Konkursverfahrens ernennt das Gericht den Konkursverwalter, verordnet einen nicht über einen Monat hinauszusetzenden Termin zur Beschlussfassung über die Wahl eines anderen Verwalters, sowie über die Bestellung eines Gläubigerausschusses, erlässt den offenen Arrest und bestimmt die Anmeldefrist und den allgemeinen Prüfungstermin.

Das Gericht kann die Termine verbinden, wenn die Konkursmasse von geringerem Betrage oder der Kreis der Konkursgläubiger von geringerem Umfange ist.

(E.: § 102. M.: 335. K.: 77. 78; pr. K.-O. § 128.)

„Bei der Eröffnung des Konkurses sind gleichzeitig neben dem Eröffnungsbeschluss diejenigen Massregeln anzuordnen, welche keinen Aufschub dulden, um die Masse zu sichern und das Verfahren in Gang zu setzen. Die Ernennung des Verwalters, der Erlass des offenen Arrests (§ 108), die Bestimmung der Anmeldefrist (§ 126) und die Ansetzung des ersten Termins sowie des Prüfungstermins sind diese durch eine Anordnung gleichzeitig zu erledigenden Massregeln. Der erste Termin, der sogen. „Wahltermin" ist die Gläubigerversammlung, in welcher über die Wahl eines anderen Verwalters (§ 72) sowie über die Bestellung eines Gläubigerausschusses Beschluss gefasst und die Mitglieder eines solchen gewählt werden sollen (§ 79) und in welcher zugleich der Verwalter über die Lage der Sache zu berichten hat (§ 119) und die Gläubiger über die Fortführung des Geschäfts des Gemeinschuldners, die Hinterlegungsstelle und die Art der Geschäftsverwaltung zu beschliessen haben. (§ 120.) Bei der dringenden Wichtigkeit dieser Fragen macht die K.-O. es dem Gerichte zur Pflicht, den Termin nicht über einen Monat hinauszusetzen. Sie legt ihm zugleich in dem Falle, dass die Konkursmasse von nicht erheblichem Umfange, oder dass der Kreis der Konkursgläubiger ein beschränkter ist, die Befugniss bei, das Verfahren durch Verbindung des Wahl- und des Prüfungstermins abzukürzen; in diesem Falle ist der Termin mit Rücksicht auf die geringste Dauer der Anmelde-

frist mit dem Zwischenraum von einem Monate anzusetzen.“ (M.: 335). Die in Abs. 1 aufgezählten Massregeln hat das Gericht in allen Fällen von Amtswegen zu treffen. Dasselbe kann auch zugleich einen vorläufigen Gläubigerausschuss bestellen (§ 79), doch wird dies nur ausnahmsweise gleichzeitig mit der Konkurseröffnung geschehen.

§ 103.

Der Gerichtsschreiber hat die Formel des Eröffnungsbeschlusses, den offenen Arrest, die Anmeldefrist und die Termine sofort öffentlich bekannt zu machen.

Die Bekanntmachung ist, unbeschadet der Vorschriften des § 68 Abs. 1, auszugsweise in den Deutschen Reichsanzeiger einzurücken.

An die ihrem Wohnorte nach bekannten Gläubiger und Schuldner des Gemeinschuldners erfolgt besondere Zustellung.

§ 104.

Der Gerichtsschreiber hat unter Bezeichnung des Konkursverwalters beglaubigte Abschriften der Formel des Eröffnungsbeschlusses den Behörden für die Führung des Handels- oder Genossenschaftsregisters oder ähnlicher Register und der Dienstbehörde des Gemeinschuldners mitzutheilen.

§ 105.

Sobald eine den Eröffnungsbeschluss aufhebende Entscheidung die Rechtskraft erlangt hat, ist die Anfhebung des Verfahrens öffentlich bekannt zu machen. Die Vorschriften der §§ 103 Abs. 2, 104 finden entsprechende Anwendung.

§ 106.

Inwiefern die Eröffnung oder Aufhebung des Konkursverfahrens in das Grund- oder Hypothekenbuch einzutragen, und wie eine solche Eintragung zu bewirken ist, bestimmt sich nach den Landesgesetzen.

(E.: §§ 103—106. M.: 335. 336. K.: 78. 79; pr. K.-O. §§ 123. 126. 128. 329. 331.)

1.

Die in den §§ 103 und 104 vorgesehenen Bekanntmachungen und Zustellungen hat der Gerichtsschreiber des Konkursgerichts unmittelbar nach dem Erlass des Eröffnungsbeschlusses von Amtswegen bewirken zu lassen. Die Vorschrift des § 103 Abs. 1 entspricht derjenigen des § 68 Abs. 1 und es muss dieselbe beachtet werden, widrigenfalls eine den gesetzlichen Bestimmungen entsprechende Bekanntmachung überhaupt nicht vorliegt. Der Abs. 2 dieses § entspricht dagegen der Vorschrift des § 68 Abs. 2. Es wird zwar dem Richter nicht bloss eine Befugniss eingeräumt, sondern es soll ein Auszug aus der Bekanntmachung in den Reichsanzeiger eingerückt werden. Geschieht dies nicht, so ist aber, wenn dem Abs. 1 genügt wurde, die Bekanntmachnng doch in rechtswirksamer Weise erfolgt und kann ebensowenig angefochten werden, als wenn die in Abs. 3 vorgeschriebene besondere Zustellung unterblieben ist. In der Reichstagskommission bemerkte Regierungsrath Hagens, dass die Bekanntmachung im Reichsanzeiger kein „Essentiale“ sein solle, und es wurde, um den Unterschied zwischen den beiden Verfügungen deutlicher hervortreten zu lassen, von der Kommission die jetzige Fassung („unbeschadet der Vorschriften des § 68 Absatz 1“) beschlossen. (K.: 78.) Wird die Eröffnung unter Aufhebung einer abweisenden Verfügung vom Beschwerdegericht verhängt, so wird dessen Gerichtsschreiber die vorgeschriebenen Bekanntmachungen zu bewirken haben, soweit sie von diesem Gericht ausgehen können, d. h. soweit es sich um die Formel des Beschlusses und den offenen Arrest handelt. Jedoch wird das Beschwerdegericht befugt sein, dem Konkursgericht die erforderlichen Anordnungen zu übertragen. (§ 538 C.-P.-O.)[1]) Unter der Formel des Eröffnungsbeschlusses ist die Verfügung, dass der Konkurs über den Gemeinschuldner eröffnet worden sei, zu verstehen. Bezüglich des „offenen Arrests“ ist auf § 108 zu verweisen.

„Die Mittheilung der Konkurseröffnung an die Dienstbehörde des Gemeinschuldners ist im öffentlichen Interesse angeordnet, und die Mittheilung an die das Handels- (Firmen-, Gesellschafts-), Genossenschafts- oder ähnliche Register führenden Behörden, damit dem öffentlichen Glauben solcher Register Genüge geleistet werde.“ (M.: 335).

2.

Wird vom Amtsgericht oder vom Beschwerdegericht die Konkurseröffnung beschlossen, dieser Beschluss aber zufolge einer Beschwerde vom höheren Gericht aufgehoben, so ist nach § 105 diese Entscheidung in der im § 68 Abs. 1 vorgesehenen Weise bekannt zu machen und zwar hat der Gerichtsschreiber des die Aufhebung beschliessenden Gerichts für die Bekanntmachung zu sorgen, wenn nichts Anderes angeordnet wird. (Bem. 1.) Die Verweisung auf die §§ 103 Abs. 2 und 104 wurde von der Reichstagskommission beschlossen, damit die Aufhebung in derselben Weise wie die Eröffnung bekannt gemacht wird.

[1]) A. M. ist von Sarwey, der (§ 103 Bem. 6 S. 509) die Ansicht ausspricht, das Amtsgericht bezw. dessen Gerichtsschreiber habe immer die nach § 103 erforderlichen Verfügungen zu treffen.

Auf die Aufhebung des Konkursverfahrens, welche etwas Anderes ist als die Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses, bezieht sich § 106 nicht, jedoch enthalten die §§ 151 und 175 gleiche Bestimmungen.

3.

Zur Rechtfertigung des § 106 wurde in den Motiven (335 ff.) hervorgehoben, dass es zwar zur Vermeidung von Kollusionen und Verlusten für die Masse und für das Publikum von der grössten Wichtigkeit sei, die Aufhebung der Verfügungsbefugniss des Gemeinschuldners auch in den Grund- und Hypothekenbüchern durch Vermerk der Konkurseröffnung schleunigst bekannt zu machen, dass aber eine Bestimmung, welche (wie § 88 der österr. K.-O.) an die Unterlassung des Vermerks bestimmte Rechtsnachtheile knüpfe, abgesehen von sachlichen Bedenken, einen unzulässigen Eingriff in das Immobiliarrecht der einzelnen deutschen Staaten enthalte. „Nach diesem wird es verschieden zu beantworten sein, ob einem gutgläubig vor der Eintragung des Vermerks vom Gemeinschuldner erwerbenden Dritten oder dessen Rechtsnachfolger die unbedingte Vorschrift des § 6 entgegentritt, oder die publica fides des Grundbuchs zum Schutz gereicht. Um so schleuniger muss für die Eintragung des Vermerks gesorgt werden. Die Verschiedenheiten der Immobiliargesetze stehen aber auch einer einheitlichen Vorschrift über die Bewirkung des Vermerks entgegen. Während z. B. im Bereiche der preussischen Grundbuch-Ordnung vom 5. Mai 1872 die Vermittelung des Konkursgerichts wird eintreten müssen, kann der Verwalter sich im Gebiet des französischen Hypothekenrechts unmittelbar an die Hypothekenbehörde wenden, und nach anderen Gesetzen wird das Konkursgericht selbst berechtigt und verpflichtet sein, die Eintragung zu vollziehen oder zu veranlassen. Auch für die Form eines Antrags und die Frage, wie ein Sperrvermerk betreffs Hypotheken des Gemeinschuldners zu bewirken, ob insbesondere auch die Schuldurkunde beizubringen und eine nicht auf den Namen des Gemeinschuldners eingetragene Hypothek zuvörderst auf denselben umzuschreiben ist, können die Verschiedenheiten der Landesgesetze nicht ausgeglichen werden. Die K.-O. musste daher, wie in ähnlichen Fällen die C.-P.-O. (§§ 731, 757, 811) diesen Gegenstand der Fürsorge der Landesgesetzgebung überlassen.“ (M.: 336.) Nach dieser ist sonach zu entscheiden, ob und in welcher Weise eine Eintragung stattzufinden hat.[1])

1) Von Völderndorff bemerkt zwar (§ 106 Bd. II. S. 192), die Eröffnung und Wiederaufhebung des Konkurses müsse jedenfalls den Buchämtern mitgetheilt werden; ob dies zu geschehen habe, hänge nicht von der Partikulargesetzgebung ab. Diese Ansicht hat aber weder den Wortlaut des § („inwiefern“) noch die oben mitgetheilten Motive für sich. Auch ist die Mittheilung an die Hypotheken- oder Grundbuchämter nirgends vorgeschrieben. V. auch von Sarwey § 106 Bem. 1 S. 511. Das Ausführungsgesetz für Elsass-Lothringen vom 8. Juli 1879 schreibt in § 30 die Eintragung der Eröffnung und Wiederaufnahme des Konkursverfahrens in die Hypothekenbücher derjenigen Bezirke vor, in welchen der Gemeinschuldner Liegenschaften besitzt und verpflichtet den Verwalter für den Fall der Aufhebung oder Einstellung des Verfahrens die Löschung der Eintragung zu bewirken.

Dritter Titel.

Theilungsmasse.

(§§ 107—125.)

Vorbemerkungen.

1.

„Die wesentliche Aufgabe des dritten Titels besteht darin, aus den materiellen Grundsätzen des ersten Buchs über den Umfang und Zweck der Konkursmasse, sowie über die rechtliche Stellung der an ihr Betheiligten die praktischen Konsequenzen zu ziehen. Um das Endziel des Verfahrens, die Befriedigung der Gläubiger durch Vertheilung des Vermögens ihres Schuldners, zu erreichen, bedarf es vor Allem der Sicherung, Feststellung und Versilberung des Vermögens; es gilt dasselbe theilbar zu machen, eine Theilungsmasse zu schaffen. Die letztere Bezeichnung dürfte besser als der bisher übliche Name „Aktivmasse" das Wesen der Sache zum Ausdruck bringen.

Die für die Feststellung der Theilungsmasse massgebenden allgemeinen Gesichtspunkte sind im ersten Titel dieses Buches angedeutet. Gegenüber der prozessualisch gestalteten Kuratel des gemeinen Rechts und dem schrittweisen Prozediren unter obervormundschaftlicher Mitwirkung des Gerichts, durch welches das französisch-preussische System sich charakterisirt, ist es das Prinzip der Selbstverwaltung, von welchem die K.-O. beherrscht wird. Im Hinblick auf die in dem bestehenden Rechtszustande wurzelnden Anschauungen und Gewöhnungen ist es angemessen erschienen, dieses Prinzip in prägnanter Form an die Spitze dieses Titels zu stellen. Der Verwalter soll das zur Konkursmasse gehörige Vermögen ohne Verzug in Besitz und Verwaltung nehmen und dasselbe in geeigneter Weise verwerthen. Die grundsätzliche Unabhängigkeit des Verwalters für das vorliegende Gebiet wird hiedurch konstatirt. Soweit nicht in den folgenden Bestimmungen etwas Anderes ausdrücklich vorgeschrieben ist, haben weder die Gläubiger, noch der Gemeinschuldner, noch endlich das Gericht sich in seine Geschäftsführung einzumischen." (M.: 336, 337.)

2.

Während im gemeinen Recht die Anwendung der für das Zwangsvollstreckungsverfahren gegebenen Vorschriften auf alle im Konkurs zu treffenden Verfügungen hergebracht und dieselbe auch in einzelnen neueren Gesetzgebungen ausdrücklich vorgeschrieben ist, so dass insbesondere die Veräusserungen in der Form der Zwangsversteigerung erfolgen, wurde in der K.-O. von solchen Vorschriften abgesehen. „Ein derartiger Zwang würde weder mit der mehrfach kundgegebenen Auffassung von der Natur des Konkurses als eines allgemeinen Liquidations- nicht Exekutions-Verfahrens vereinbar sein noch den Rücksichten der Zweckmässigkeit entsprechen. In vielen Fällen werden die gewöhnlichen Formen des Geschäftsverkehrs sich einer raschen und vortheilhaften Realisirung der Masse förderlich erweisen. Die K.-O. überlässt es daher, in Uebereinstimmung mit der pr. K.-O. (§ 221 Abs. 2), dem Verwalter, die Realisirung in jeder geeigneten Weise herbeizuführen." (M.: 337.)

3.

Nach dem Vorgang des französischen Rechts haben verschiedene neuere Gesetzgebungen, insbesondere die pr. K.-O. (§§ 131, 151 ff., 211 ff., 220 ff.) und die bayer. Pr.-O. (Art. 1233 ff. und 1280 ff.) verschiedene Stadien der Verwaltung vorgeschrieben und insbesondere die Scheidung zwischen einer einstweiligen und einer definitiven Verwaltung festgehalten. Bei Aufstellung des Entwurfs wurde jedoch eine solche Scheidung nicht für gerechtfertigt gehalten. Vielmehr entschied man sich in dieser Beziehung für das System des gemeinen Rechts, welchem eine solche Scheidung im Prinzip fremd ist. Dies wurde in den Motiven (337 ff.) ausführlich gerechtfertigt und sodann bemerkt: „Die K.-O. erkennt so wenig eine einstweilige Verwaltung an, wie einen einstweiligen Verwalter. Die Beseitigung der zeitlichen Beschränkungen soll jedoch keineswegs die Bedeutung haben, dass nunmehr unbedingt und in allen Fällen mit der sofortigen Versilberung der ganzen Masse vorgegangen werden müsse; vielmehr wird die Selbstverwaltung, zu deren Ausübung der Verwalter, allein oder im Verein mit den Gläubigern, berufen ist, sich darin zu bewähren haben, dass die besonderen Umstände jedes einzelnen Falles entsprechende Berücksichtigung finden. Hält man daran fest, dass nicht nur bei Verwerthung der Masse die Interessen des Gemeinschuldners und der Gläubiger im grossen Ganzen zusammenfallen, sondern dass auch die Beendigung des Verfahrens durch einen reellen Akkord für alle Theile gleich wünschenswerth ist, so ist zu erwarten, dass, wo die Versilberung irgendwie dem Abschluss eines Akkords förderlich sein möchte, mit ihr nicht gezögert und andrerseits, dass nicht durch unnöthige Rücksichtslosigkeit bei den Realisirungen dem Gemeinschuldner das Interesse an dem Zustandekommen eines Akkords benommen oder seine Fähigkeit, günstige Bedingungen zu stellen, beeinträchtigt werde. In den §§ 121 Nr. 1 und 123 ist Fürsorge getroffen, dass innerhalb der Frist, welche billiger Weise dem Gemeinschuldner zur Vorbereitung eines Akkords zu gewähren ist, ausserordentliche Dispositionen über die Masse mehrseitiger Prüfung unterliegen, und dass dabei dem Gemeinschuldner nicht nur Gehör, sondern auch die Möglichkeit gestattet wird, eine Beschlussfassung des Gerichts und der Gläubigerversammlung über seinen etwaigen Widerspruch herbeizuführen. Mehr als eine thatsächliche Würdigung seiner Interessen, welche durch diese Bestimmungen gesichert wird, hat der Gemeinschuldner nicht zu beanspruchen.“ (M.: 339, 340.)

4.

„Der im § 107 ausgesprochene Grundsatz enthält in Verbindung mit den Bestimmungen über die Verantwortlichkeit des Verwalters (§ 74) eine im Allgemeinen ausreichende Richtschnur für die Verantwortlichkeit des Letzteren. Es konnte nicht die Aufgabe des Gesetzes sein, die einzelnen Amtsverrichtungen des Verwalters zu spezialisiren. Wenn die pr. K.-O. (§ 152) denselben besonders anweist, die bestehenden Mieths- und Dienstkontrakte aufzuheben, für Präsentation der Rimessen und Erhebung der Proteste zu sorgen, die Erlangung von Hypothekenrechten auf Grund erworbener aber noch nicht eingetragener Titel zu betreiben, in schwebenden Prozessen geeigneten Falles die noch zulässigen Rechts-

mittel einzulegen u. s. w.; wenn die Konkursgesetze von Bremen und Lübeck die Sorge für die Versicherung gegen Feuers- und Seegefahr besonders hervorheben, so ist es zweifellos, dass in allen diesen Beziehungen der Verwalter die Interessen der Gläubiger und des Gemeinschuldners in's Auge zu fassen hat; ein besonderer Hinweis darauf ist aber in einem Gesetze, welches keine Geschäftsinstruktion sein soll, nicht am Orte. — Die meisten Zweifel, welche in der Praxis bezüglich der dem Verwalter zustehenden Befugnisse angeregt worden sind, dürften in der Fassung des § 107 gleichfalls ihre Erledigung finden. So gibt demselben die Anweisung zur Besitzergreifung die unbestreitbare Berechtigung, die Exmission des Gemeinschuldners ohne weiteres Vorverfahren zu betreiben; eine dem Gerichtsvollzieher zu behändigende Ausfertigung des Eröffnungsbeschlusses gewährt hiezu den exekutorischen Titel. Wenn ferner die Besitzergreifung sich auf das zur Konkursmasse gehörige Vermögen beschränken soll, so liegt darin zugleich die Ermächtigung für den Verwalter, vorbehaltlich der in § 121 Nr. 2 angeordneten Mitwirkung des Gläubigerausschusses die Aussonderung derjenigen Vermögensstücke vorzunehmen, welche nach den materiellen Verfügungen des ersten Buchs von der gemeinschaftlichen Masse auszuschliessen sind. — Es gibt jedoch einzelne für den Fortgang des Verfahrens wichtige Rechtshandlungen, zu welchen die Legitimation des Verwalters aus der allgemeinen Vorschrift des § 107 nicht oder doch nicht mit der wünschenswerthen Sicherheit gefolgert werden kann. Dahin gehören u. A. die Verfügung über die unter der Adresse des Gemeinschuldners einlaufenden Briefe u. s. w., die Fortführung des Geschäfts desselben, die Vornahme von Realisationen in den Formen der Zwangsvollstreckung u. s. w. Diese Fälle mussten ausser Zweifel gestellt werden. Es waren ferner die Beschränkungen festzusetzen, denen der Verwalter in der Freiheit seiner Bewegung unterworfen werden soll, und welche in doppelter Richtung geboten erschienen, einmal zur Verschärfung seiner Verantwortlichkeit dadurch, dass gewisse Massregeln ihm unter allen Umständen zur Pflicht gemacht wurden, sodann zur Verwirklichung und Präzisirung des den Gläubigern und dem Gemeinschuldner auf die Verwaltung und Verwerthung der Masse gebührenden Einflusses. Endlich waren die Rechte und Pflichten dritter Personen in Beziehung auf die Realisirung der Masse zu regeln, insoweit dieselben durch die Eröffnung des Konkurses modifizirt oder geschaffen werden. Die in diesen verschiedenen Richtungen erforderlichen Vorschriften bilden den ferneren Inhalt des dritten Titels und zwar in den §§ 108—115 soweit es sich um die Feststellung und Sicherung, in den §§ 116—125 soweit es sich um die Verwaltung der Masse und die Verfügung über dieselbe handelt." (M.: 340, 341.)

§ 107.

Nach der Eröffnung des Verfahrens hat der Verwalter das gesammte zur Konkursmasse gehörige Vermögen sofort in Besitz und Verwaltung zu nehmen und dasselbe zu verwerthen.

(E.: § 107. M.: 336—341. K.: 79. 128; pr. K.-O. §§ 131. 132. 152.)

Bezüglich der Erläuterung des § ist auf die Vorbem. 1 und 4 zu verweisen, welchen nur noch Weniges beizufügen ist. Der Verwalter, der nach § 102 „bei" der Eröffnung des Verfahrens ernannt wird, hat sich unmittelbar nach derselben in den Besitz der Konkursmasse zu setzen und die Verwaltung derselben zu übernehmen. Wenn er hiezu der im § 73 erwähnten urkundlichen Bescheinigung seiner Ernennung bedarf, muss er natürlich deren Ertheilung abwarten, welche übrigens sofort zu erfolgen hat. Soweit er nicht auf Widerstand stösst, kann er jedoch schon vor Empfang der förmlichen Ausfertigung die Verwaltung übernehmen. Da sich die Befugnisse des Verwalters nur auf das „zur Konkursmasse gehörige Vermögen" erstrecken, hat derselbe von Gegenständen, welche unzweifelhaft nicht im Eigenthum des Gemeinschuldners stehen, oder nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen (Bem. II. zu § 1), gar nicht Besitz zu ergreifen, sondern dieselben dem Gemeinschuldner zu belassen. Im Zweifel ist es jedoch geboten, alle vorhandenen Gegenstände vorläufig in Verwahrung zu nehmen, um deren Veräusserung durch den Gemeinschuldner zu verhindern. Dritten gegenüber kann der Verwalter nicht dafür verantwortlich werden, dass er Gegenstände, welche nicht zur Masse gehören, dem Gemeinschuldner überlassen und dieser dieselben veräussert hat. Er ist nicht verpflichtet, die Interessen solcher Personen zu wahren.[1]) Die Gegenstände, bezüglich deren lediglich ein Absonderungsrecht besteht (§§ 3 und 39 ff.), fallen, wie auch in der Reichstagskommission (79) von Regierungsrath Hagens bemerkt wurde, unzweifelhaft unter die Vorschrift des §, da sie immerhin zur Konkursmasse gehören. — Was die Verwerthung anbelangt, so ist bezüglich der Art und des Zeitpunkts derselben, auf die Vorbem. 2 zu verweisen. Der im Entwurf enthaltene Ausdruck „Versilbern" wurde von der Reichstagskommission durch den allgemeineren Ausdruck „Verwerthen" ersetzt. (K.: 79 und 128.) Hienach ist es nicht unbedingt und unter allen Umständen erforderlich, dass gegen baares Geld veräussert wird, sondern es kann der Verwalter, wenn es im Interesse der Masse liegt, auch ein bestimmtes Vermögensstück, z. B. eine Fabrik, ein Landgut u. s. w., zunächst vertauschen und dann das eingetauschte Grundstück verkaufen.[2])

§ 108.

Durch den offenen Arrest wird allen Personen, welche eine zur Konkursmasse gehörige Sache in Besitz haben oder zur Konkursmasse etwas schuldig sind, aufgegeben, nichts an den Gemeinschuldner zu verabfolgen oder zu leisten, auch die Verpflichtung auferlegt, von dem Besitze der Sache und von den Forderungen, für welche sie aus der Sache

[1]) V. von Völderndorff § 107 Bem. d. Bd. II. S. 198 ff.; von Sarwey ebendas. Bem. 2 S. 515.

[2]) V. von Völderndorff § 107 Bem. g. IV. Bd. II. S. 204; von Sarwey ebendas. Bem. 6 S. 517.

abgesonderte Befriedigung in Anspruch nehmen, dem Konkursverwalter innerhalb einer bestimmten Frist Anzeige zu machen.

§ 109.

Wer die Anzeige über den Besitz von Sachen des Gemeinschuldners innerhalb der bestimmten Frist zu machen unterlässt, haftet für allen aus der Unterlassung oder Verzögerung der Anzeige entstehenden Schaden.

(E.: §§ 108. 109. M.: 341—343. K.: 79. 80; pr. K.-O. §§ 145—148.)

1.

„Nach § 7 wird der gute Glaube der Schuldner des Kridars bis zur öffentlichen Bekanntmachung der Eröffnung des Konkursverfahrens vermuthet; von da ab wird ein an den Gemeinschuldner leistender Schuldner von der Leistung zur Konkursmasse nur befreit, aber auch völlig befreit, wenn er beweist, dass ihm die Konkurseröffnung unbekannt war. Die öffentliche Bekanntmachung der Eröffnung geschieht durch die im § 103 angeordnete Publikation des Eröffnungsbeschlusses. Auf diese Publikation beschränkt sich das französische Recht, und sie muss vom Standpunkt des strengen Rechts aus genügen, da Niemand sich mit der Unkenntniss der gesetzlichen Folgen einer Thatsache entschuldigen kann. Je bedeutungsvoller aber diese Folgen sind, und je mehr die Unkenntniss derselben seitens der Verpflichteten auch die Konkursgläubiger der Gefahr thatsächlicher Verluste aussetzt, desto eher erscheint ein ausdrücklicher Hinweis auf die Folgen der Konkurseröffnung vom Verkehrsstandpunkt aus wünschenswerth. Von dieser rein praktischen Erwägung ist die K.-O. ausgegangen, indem sie im Anschluss an die pr. K.-O. und die bayer. Pr.-O. sich für die Beibehaltung des gemeinrechtlich unter dem Namen des „offenen Arrestes“ hergebrachten öffentlichen Generalinhibitoriums entschied. Derselbe soll nicht etwa ein wesentlicher Bestandtheil des Konkursproklama's sein, so dass seine Weglassung den Schuldner, der trotz Kenntniss von der Konkurseröffnung an den Gemeinschuldner gezahlt hat, den Konkursgläubigern gegenüber vor der doppelten Zahlung schützen würde; sein einziger Zweck ist vielmehr, rechtsirrthümliche Zahlungen und Leistungen an den Gemeinschuldner thatsächlich nach Möglichkeit zu verhindern.“ (M.: 341.) Durch die Vorschriften des § 108 wird übrigens eine Verpflichtung zur Zahlung oder Leistung für den Schuldner in keiner Weise geschaffen, sondern es liegt die Sache, soweit nicht das eingetretene Konkursverhältniss eine Erweiterung der bestehenden Verpflichtung (z. B. durch Beschränkung des Kompensations- oder Retentionsrechts) begründet hat, ebenso als ob der Schuldner noch dem Gemeinschuldner gegenüber stünde, und kann derselbe alle ihm zustehenden Einreden auch dem Verwalter gegenüber geltend machen. „Der offene Arrest schafft keine neuen Verpflichtungen; er will nur die bestehenden zur Ausführung bringen. Selbstverständlich ist es auch, dass die Leistung von dem Verwalter nicht anders

als im ordnungsmässigen Prozessverfahren erzwungen werden kann, in welchem über etwaige Einwendungen zu entscheiden ist." (M.: 342.)

2.

Während nach dem Gesagten für die zu einer Zahlung oder Leistung verpflichteten Personen der offene Arrest rechtlich bedeutungslos ist, und lediglich § 7 in Betracht kommt, verhält es sich anders bezüglich derjenigen, welche eine zur Konkursmasse gehörige Sache besitzen. Auch in dieser Beziehung wird hinsichtlich der Verpflichtung zur Herausgabe der fraglichen Gegenstände durch die §§ 108 und 109 nichts geändert, sondern ist die Frage, ob eine solche Verpflichtung besteht, nach dem materiellen Recht zu entscheiden. Aber es wird durch den offenen Arrest die positive Verpflichtung begründet, dem Verwalter von dem Besitz der zur Masse gehörigen Gegenstände innerhalb einer vom Gericht zu bestimmenden Frist Anzeige zu machen. Die Personen, welche behaupten, dass die von ihnen besessene Sache ihr Eigenthum sei, werden natürlich von dieser Verpflichtung nicht betroffen, und es kann, wenn sie mit ihren Ansprüchen durchdringen, von einer Verpflichtung zu Schadenersatz wegen unterlassener Anzeige nicht die Rede sein. Nur wenn es sich herausstellt, dass der Anspruch nicht begründet ist, kann eine Entschädigungspflicht aus der Unterlassung der Anzeige entstehen. Im Uebrigen besteht aber die Anzeigepflicht für alle Personen, welche einen zur Konkursmasse gehörenden Gegenstand besitzen, gleichviel auf welchem Titel der Besitz beruht, und ob zur Zeit eine Verpflichtung zur Herausgabe besteht oder nicht. Insbesondere werden auch Absonderungsberechtigte durch die Vorschriften der §§ betroffen. (Bem. II. 2 zu § 3.) „Für sie fügt die K.-O. die Verpflichtung zur Angabe ihrer Forderungen hinzu, damit der Verwalter in den Stand gesetzt werde, das Interesse der Konkursgläubiger an der Einlösung oder Realisirung der Sachen zu prüfen und der etwa in Widerspruch mit den §§ 57, 141 unternommenen doppelten Geltendmachung eines Anspruchs entgegenzutreten." (M.: 342.) Nach dem Entwurf sollten die Anstalten, welche auf Grund eines Privilegs befugt sind, sich selbst aus einem Pfande zu befriedigen, von der Anzeigepflicht ausgenommen sein. Diese Vorschrift wurde aber von der Reichstagskommission (79, 80) gestrichen.

In der pr. K.-O. (§ 147) war dem Besitzer, der die vorgeschriebene Anzeige nicht rechtzeitig erstattet, der Verlust aller der Rechte angedroht, welche ihm an der Sache zustehen. „Solche Privatstrafe konnte nicht gebilligt werden. Die pr. K.-O. sucht sie durch Zulassung „genügender Entschuldigung" zu mildern. Dadurch wird aber die Härte nicht beseitigt, vielmehr eine Unsicherheit des Rechtszustands hinzugefügt. Gegen dolose Verletzungen der Anzeigepflicht schützen die Strafvorschriften des St.-G.-B. und des § 212 Nr. 1. Civilrechtlich kann aus einer Verletzung der Anzeigepflicht nur die Verpflichtung zum Ersatze des daraus entstandenen Schadens gefolgert werden. Ueber den Umfang dieser Verpflichtung würden die bestehenden Civilrechte verschiedenen Annahmen Raum geben. Die K.-O. spricht daher allgemein die Ersatzpflicht in umfassender Weise aus." (M.: 342, 343.) Ob durch die Unterlassung der Anzeige der Konkursmasse ein Schaden entstanden ist, und insbesondere, ob zwischen der Beschädigung und

der Unterlassung ein Kausalzusammenhang besteht, hat das Gericht nach § 260 C.-P.-O. nach freiem Ermessen zu entscheiden. [1]) Dass zur Begründung der Schadensersatzpflicht der Nachweis erforderlich sei, der Besitzer habe von der Bekanntmachung Kenntniss gehabt, ist im Gesetz nicht gesagt. Vielmehr geht aus der allgemeinen Fassung der §§ hervor, dass diese Kenntniss vermuthet wird, und es spricht der Umstand, dass eine „genügende Entschuldigung", wie sie die pr. K.-O. zulässt, nicht vorgesehen wurde, noch weiter dafür, dass der Nachweis eines Verschuldens nicht erforderlich ist. Es ist aber nicht anzunehmen, dass der Besitzer einer zur Konkursmasse gehörigen Sache strenger behandelt werden sollte, als der Schuldner, der ungeachtet der Bekanntmachung an den Gemeinschuldner Zahlung geleistet hat. Es wird desshalb zwar die Kenntniss der Bekanntmachung zu vermuthen, der Besitzer aber unter analoger Anwendung des § 7 zum Beweise zuzulassen sein, dass er von der Konkurseröffnung keine Kenntniss hatte. [2]) Ebenso muss, wie auch in der Reichstagskommission (79) hervorgehoben wurde, die Entschädigungspflicht wegfallen, wenn der Dritte (z. B. ein Leihhaus), den Namen des Eigenthümers gar nicht kannte, also ungeachtet der Kenntniss der Bekanntmachung nicht in der Lage war, eine Anzeige zu erstatten.

§ 110.

Gläubiger, welche abgesonderte Befriedigung aus einer in ihrem Besitze befindlichen Sache beanspruchen, haben dem Verwalter auf dessen Verlangen die Sache zur Ansicht vorzuzeigen und die Abschätzung derselben zu gestatten.

(E.: § 110. M.: 344—345. K.: 80.)

Die den Absonderungsberechtigten auferlegte Verpflichtung hat in der Befugniss des Verwalters ihren Grund, die Veräusserung der Sache zu betreiben (§ 116) und den Ueberschuss aus dem Erlös zur Konkursmasse zu ziehen. (Bem. II. 3 zu § 3.) Der Absonderungsberechtigte ist übrigens nur zur Vorzeigung und zur Gestattung derjenigen Massregeln, welche die Abschätzung erfordert, nicht zur Herausgabe verpflichtet, auch wenn dieselbe nur auf kurze Zeit verlangt würde. Ebenso wenig besteht für ihn eine Verpflichtung, die Sache zu dem Verwalter oder den Sachverständigen verbringen zu lassen. Wenn der Verpflichtung zuwidergehandelt wird, so kann der Verwalter die Erfüllung auf dem Weg der Klage erzwingen, und es muss der Absonderungsberechtigte nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen den durch seine Weigerung entstandenen Schaden

[1]) V. Kommentar zur C.-P.-O. § 260 Bem. 1.

[2]) V. von Wilmowski § 109 Bem. 1 S. 240; Wengler § 109 Bem. 2 S. 506; von Völderndorff §§ 108 ff. Bem. c. Bd. II. S. 212. Letzterer scheint der Ansicht zu sein, dass auch der Beweis der Unmöglichkeit der Kenntnissnahme von der Verpflichtung zum Schadensersatz nicht befreie.

ersetzen. Die Vorschrift des § 109 bezieht sich auf den hier in Frage stehenden Fall nicht. [1])

§ 111.

Die Post- und Telegraphenanstalten sind verpflichtet, auf Anordnung des Konkursgerichts alle für den Gemeinschuldner eingehenden Sendungen, Briefe und Depeschen dem Verwalter auszuhändigen. Dieser ist zur Eröffnung derselben berechtigt. Der Gemeinschuldner kann die Einsicht und, wenn ihr Inhalt die Masse nicht betrifft, die Herausgabe derselben verlangen.

Das Gericht kann die Anordnung auf Antrag des Gemeinschuldners nach Anhörung des Verwalters aufheben oder beschränken.

(E.: § 111. M.: 343. K.: 80. 81; pr. K.-O. § 149. 152 Nr. 3.)

1.

Zur Begründung des § wurde in den Motiven (343) bemerkt: „Dem Gemeinschuldner die faktische Disposition über die unter seiner Adresse eingehenden Postsendungen und Depeschen zu entziehen, ist im Interesse der Gläubiger und der Schuldner gleich sehr geboten. Um aber dieselben dem Verwalter zugänglich zu machen, bedurfte es gegenüber den verfassungsmässigen und reichsgesetzlichen Bestimmungen über das Brief- und Depeschengeheimniss einer ausdrücklichen Vorschrift. Der § 111 erledigt in dieser Beziehung den in § 5 des Gesetzes vom 28. Okt. 1871 gemachten Vorbehalt und schützt die Beamten und den Verwalter vor Konflikten mit dem Strafgesetzbuch. (R.-St.-G.-B. §§ 299, 354, 355.) Das Gesetz erstreckt zwar die Ermächtigung auf die ganze Dauer des Konkurses, knüpft jedoch die Aushändigung an den Verwalter und die Art und Weise derselben an eine Anordnung des Konkursgerichts, welches befugt sein soll, die Anordnung sofort bei Eröffnung des Verfahrens zu erlassen und sie im Laufe desselben, auf Antrag des Gemeinschuldners nach Anhörung des Verwalters, wieder aufzuheben oder zu beschränken. Demgemäss können die thatsächlichen Umstände des einzelnen Falles zur Berücksichtigung gelangen, und dadurch, sowie durch das Recht auf Einsicht aller Briefe und auf Herausgabe seiner Privatkorrespondenz wird der Gemeinschuldner in seinen persönlichen Rechten genügend geschützt." In der Reichstagskommission wurden verschiedene Anträge gestellt, nach welchen der Verwalter verpflichtet sein sollte, die Briefe wenn thunlich, durch den Gemeinschuldner in seiner Gegenwart öffnen zu lassen, oder doch den Gemeinschuldner, wenn derselbe zu erlangen ist, bei der Eröff-

[1]) V. von Sarwey § 110 Bem. 1 S. 521, und von Völderndorff ebendas. Bem. e. Bd. II. S. 215, welcher letztere § 109 zur analogen Anwendung bringen will.

nung zuzuziehen. Diese Anträge wurden jedoch abgelehnt, nachdem Regierungsrath Hagens bemerkt hatte: „Nach seiner praktischen Erfahrung habe § 152 der pr. K.-O. nicht dahin geführt, dass der Schuldner stets zugezogen worden wäre. Wenn der Schuldner am Orte selbst anwesend sei, pflege ihn wohl der Verwalter täglich 1—2 Stunden zu sich kommen zu lassen. Andernfalls oder im Falle irgend welcher Dringlichkeit, welche regelmässig kurz nach der Konkurseröffnung überall vorliege, öffne der Verwalter die Briefe ohne nach dem Gemeinschuldner zu suchen und niemals habe man hierin eine Verletzung des Briefgeheimnisses erblickt." Auch ein Antrag, dem zweiten Satz die Worte beizufügen: „hat jedoch dem Gemeinschuldner Kenntniss von deren Inhalt zu geben," wurde abgewiesen, nachdem von Hagens bemerkt worden war: „Der Antrag sei überflüssig und könne zu dem Missverständniss führen, dass der Verwalter bei Eingang jeder einzelnen Sendung dem Schuldner Mittheilung machen müsse." (K.: 80, 81.)

2.

Durch die Vorschrift des § wird nur eine Verpflichtung der Post- und Telegraphenanstalten, nicht der untergeordneten Bediensteten zur Herausgabe der Sendungen, Briefe und Depeschen begründet. Die Anordnung des Gerichts ist desshalb dem Vorstand der am Ort befindlichen Post- oder Telegraphenanstalt mitzutheilen, welcher dann für die Ausführung derselben zu sorgen hat. In der Regel wird es sich bloss um die am Wohnort des Schuldners eintreffenden Sendungen, Briefe und Depeschen handeln, doch kann selbstverständlich, wenn ausserhalb des Wohnorts eine Zweigniederlassung oder ein besonderes Büreau besteht, an welches Briefe und Depeschen gerichtet werden, die Anordnung auch auf diese bezogen werden. [1]) Briefe u. s. w., welche nicht an den Gemeinschuldner adressirt sind, werden auch dann, wenn sie nach der Annahme des Verwalters oder des Gerichts für den Gemeinschuldner bestimmt sind, nicht unter die Vorschrift des § fallen. Sie sind nicht für den Gemeinschuldner, sondern für einen Dritten bei der Post- oder Telegraphenverwaltung „eingegangen" und müssen dem Adressaten ausgehändigt werden, da es sich hier nicht wie im Strafverfahren um eine im öffentlichen Interesse erfolgende Beschlagnahme handelt und die Bestimmung des Gesetzes nicht über ihren Wortlaut hinaus ausgedehnt werden darf. Auch in den Motiven ist nur von dem „unter der Adresse des Gemeinschuldners u. s. w. eingehenden Postsendungen und Depeschen" die Rede. [2]) Von den mittelst der Eisenbahn beförderten Sendungen ist im § nicht die Sprache und es ist auch die Vorschrift desselben auf derartige Sendungen nicht zu beziehen. Dieselben werden aber, da eine Verpflichtung zur Geheimhaltung hier nicht im Wege steht, ohne Weiteres an den Verwalter als Vertreter des Gemeinschuldners (Bem. II. 1 zu § 5) auszuhändigen sein. (V. auch § 108.) [3])

[1]) V. von Völderndorff § 111 Bem. a. Bd. II. S. 217.

[2]) A. M. sind von Völderndorff § 111 Bem. d. Bd. II. S. 219 und von Sarwey ebendas. Bem. 3 S. 523.

[3]) V. von Sarwey § 111 Bem. 2 S. 523.

3.

Ob die in § 111 vorgesehene Massregel zu treffen ist, stellt das Gesetz in das Ermessen des Gerichts, das die Anordnung geeigneten Falles von Amtswegen zu erlassen hat. Eines Antrags des Verwalters bedarf es nicht, und braucht auch, wenn derselbe den Wunsch ausspricht, es möge von der Befugniss des § Gebrauch gemacht werden, das Gericht, wenn es dies nicht für geeignet hält, keinen besonderen zurückweisenden Beschluss zu erlassen. Wegen der Unterlassung der betr. Anordnung kann dem Verwalter nicht das Recht der Beschwerde zustehen, da hiezu eine „Entscheidung" vorausgesetzt wird. [1]) Uebrigens wird das Gericht, namentlich wenn es sich um einen kaufmännischen Konkurs handelt, oder sonst anzunehmen ist, dass zahlreiche oder wichtige Geschäftsbriefe eintreffen, in der Regel die in Frage stehende Anordnung treffen. Dem Gemeinschuldner steht, da diese Anordnung als eine Entscheidung anzusehen ist, nach § 65 sofortige Beschwerde zu. Dass demselben das Recht eingeräumt ist, die Aufhebung oder Beschränkung der Anordnung zu verlangen, schliesst nicht aus, dass er auch von vornherein die Anordnung anfechten kann. Uebrigens würde der Gemeinschuldner bei einer anderweitigen Auslegung sich sofort das Recht der Beschwerde dadurch verschaffen können, dass er die Aufhebung beantragt und dann den zurückweisenden Beschluss angreift. [2])

Wenn der Anordnung des Gerichts eine besondere Beschränkung nicht beigefügt wurde, welche Beifügung als zulässig anzusehen ist, erstreckt sich deren Wirkung auf die ganze Dauer des Konkursverfahrens; es kann hienach die Anordnung nicht von Amtswegen zurückgezogen werden. Der Gemeinschuldner kann jederzeit, auch wenn er mit der Beschwerde gegen die Anordnung zurückgewiesen wurde, die Wiederaufhebung beantragen und im Falle der Zurückweisung Beschwerde erheben. Die Aufhebung kann aber nicht erfolgen, ohne dass der Verwalter gehört worden ist, und es muss diesem, wenn dieselbe ungeachtet seines Widerspruchs verfügt wird, das Recht der Beschwerde zustehen. Hier handelt es sich nicht um eine Unterlassung, sondern um eine Entscheidung und zwar um eine solche, die gegen den Verwalter ergangen ist, und ihm Rechte entzieht.

Auch solange die gerichtliche Anordnung in Kraft ist, hat der Verwalter übrigens nur das Recht, nicht die Pflicht, alle Sendungen, Briefe und Depeschen zu eröffnen und er wird im Geiste des Gesetzes handeln, wenn er solche Briefe u. s. w., deren Inhalt die Masse unzweifelhaft nicht betrifft, gar nicht, und solche, deren Inhalt zweifelhaft ist, wenn thunlich nur in Gegenwart des Gemein-

[1]) V. von Sarwey § 111 Bem. 2 S. 522. A. M. ist von Völderndorff ebendas. Bem. c. II. S. 219 Anm. 11.

[2]) So auch von Völderndorff, der a. a. O. sowohl gegen die Verfügung als gegen deren Unterlassung die sofortige Beschwerde zulassen will, während von Sarwey (a. a. O.) in diesem wie im vorher erörterten Falle die Beschwerde für unzulässig hält. Letzterer stützt seine Ansicht darauf, dass der Gemeinschuldner nach der klaren Vorschrift „nur" einen Antrag auf Wiederaufhebung stellen könne. Eine solche Beschränkung findet sich aber im Gesetze nicht.

schuldners öffnet. Das Recht des Gemeinschuldners auf Einsicht der eingegangenen Sendungen, Briefe und Depeschen, wie das auf Herausgabe derselben, sofern ihr Inhalt die Masse nicht betrifft, wird nur wirksam, wenn derselbe ausdrücklich das Verlangen hienach ausspricht. Der Verwalter ist nicht verpflichtet, vom Empfange der einzelnen Gegenstände ohne Aufforderung Mittheilung zu machen. (Bem. 1.) Dass der Verwalter sich, wenn er dem Gemeinschuldner den Eingang einer Sendung u. s. w. verheimlichte, einer Pflichtverletzung schuldig machen würde, ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes und wurde auch in der Reichstagskommission (80) von Regierungsrath Hagens hervorgehoben.

§ 112.

Der Verwalter kann zur Sicherung der zur Konkursmasse gehörigen Sachen durch eine zur Vornahme solcher Handlungen gesetzlich ermächtigte Person siegeln lassen.

Die Geschäftsbücher des Gemeinschuldners sind durch den Gerichtsschreiber zu schliessen.

§ 113.

Der Verwalter hat die einzelnen zur Konkursmasse gehörigen Gegenstände unter Angabe ihres Werths aufzuzeichnen. Der Werth ist erforderlichen Falls durch Sachverständige zu ermitteln. Bei der Aufzeichnung ist eine obrigkeitliche oder eine Urkundsperson zuzuziehen. Der Gemeinschuldner ist zuzuziehen, wenn er ohne Aufschub zu erlangen ist.

Auf Antrag des Verwalters und, wenn ein Gläubigerausschuss bestellt ist, des letzteren, kann das Gericht gestatten, dass die Aufzeichnung unterbleibe oder ohne Zuziehung einer obrigkeitlichen oder einer Urkundsperson vorgenommen werde.

§ 114.

Dem Verwalter liegt die Anfertigung eines Inventars und einer Bilanz ob. Derselbe hat eine von ihm gezeichnete Abschrift des Inventars und der Bilanz und, wenn eine Siegelung oder Entsiegelung stattgefunden hat, die Proto-

kolle über dieselben auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Betheiligten niederzulegen.

§ 113.

Nach der Anfertigung des Inventars kann der Verwalter oder ein Konkursgläubiger den Gemeinschuldner in eine Sitzung des Amtsgerichts, bei welchem das Konkursverfahren anhängig ist, zur Leistung des Offenbarungseides laden.

(E.: §§ 112—115. M.: 343—346. K.: 83. 84; pr. K.-O. §§ 152 bis 156. 301. 335.)

1.

Siegelung.

„Ein wichtiger und unverzüglicher Akt der Beschlagnahme gegen den Gemeinschuldner ist die Siegelung aller Räume und Behältnisse, in welchen sich zur Konkursmasse gehöriges Mobiliarvermögen befindet.“ (M.: 343.) Die Mehrzahl der Gesetzgebungen schreibt die Siegelung in verpflichtender Weise vor. In der K.-O. wurde aber von einer solchen Vorschrift abgesehen, weil dieselbe ein nicht immer gerechtfertigtes Misstrauen gegen den Gemeinschuldner bekunde, für die Konkursgläubiger selbst Gefahren enthalte und ausserdem eine Reihe von Ausnahmen getroffen werden müssten. In dieser Beziehung wurden besonders erwähnt: Sachen, die ihrer Natur nach nicht unter Sperre genommen werden könnten, oder wegen der Gefahr eines raschen Verderbens oder schneller Entwerthung oder unverhältnissmässiger Kostspieligkeit der Aufbewahrung schleunig veräussert werden müssten oder zur Fortsetzung des Geschäftsbetriebs nothwendig seien. „Die beste Art einer Sicherung der Masse hängt von den Umständen des einzelnen Konkurses ab; in manchen Fällen und zumeist, wenn ordnungsmässige Handlungsbücher und Inventuren vorliegen, wird eine Siegelung nicht nöthig und kaum zweckmässig sein.“ (M.: 344.) Dass der Verwalter, da er von der Siegelung ganz absehen kann, im Falle der Vornahme derselben einzelne Sachen ausschliessen darf, ist, wie auch in den Motiven hervorgehoben wurde, selbstverständlich.

In der Reichstagskommission wurde die Frage, welche Sachen gesiegelt werden müssten, zur Sprache gebracht und die Ansicht ausgesprochen, dass das Wort „der“ in der ersten Zeile ein Druckfehler sei. Darauf erklärte Regierungsrath Hagens: „Was gesiegelt werden solle, brauche, weil selbstverständlich, nicht besonders ausgedrückt zu werden. Nicht jede einzelne Sache könne gesiegelt werden; desshalb dürfe in Z. 1 nicht „die“ gesetzt werden statt „der“. Durch das Gesetz werde als Zweck der Siegelung „die Sicherung der zur Masse gehörigen Sachen“ bezeichnet, das genüge.“ (K.: 84.) In welcher Weise dieser Zweck am Besten zu erreichen ist, insbesondere ob die vorhandenen Gegenstände in bestimmte Räumlichkeiten zu verbringen und

deren Thüren zu versiegeln sind, oder ob die Versiegelung einzelner Behältnisse vorgenommen werden muss, ist hienach ganz in das Ermessen des Verwalters gestellt. „Durch welche Personen dieser die Siegelung zu bewirken hat und in welcher Weise dieselbe vorzunehmen und zu beurkunden ist, musste der Landesgesetzgebung zu bestimmen überlassen bleiben; auch die C.-P.-O. und das G.-V.-G. enthalten sich darüber Vorschriften aufzustellen.“ (M.: 344.) In Ermangelung einer besonderen Vorschrift kann der Verwalter die Siegelung durch jede Person vornehmen lassen, welche zur Vornahme derselben im Allgemeinen ermächtigt ist. Diese Person hat hiebei ihr Amtssiegel zu verwenden. Eine von einer anderen Person oder vom Verwalter selbst vorgenommene Siegelung würde der Vorschrift des Gesetzes nicht genügen.

Dass über die Siegelung ein Protokoll zu errichten ist, liegt in der Natur der Sache und ergibt sich auch aus § 114. Dasselbe ist von der mit der Siegelung beauftragten Person aufzunehmen, und soll die Namen der bei der Siegelung mitwirkenden Personen, die Art und Weise der Versiegelung und alle sonst wesentlichen Punkte, insbesondere ein Verzeichniss der ausser Sperre gebliebenen Gegenstände, enthalten.

2.

Schliessung der Geschäftsbücher.

Bezüglich der Vorschrift des § 112 Abs. 2 wurde in den Motiven (344) bemerkt: „Als eine andere und allerdings in allen Fällen wünschenswerthe und gefahrlose Sicherungsmassregel erscheint die Schliessung der Geschäftsbücher des Gemeinschuldners. Sie soll nicht ein Bücherabschluss im technischen Sinne sein, vielmehr nur durch einfachen Vermerk am Schlusse Nachtragungen verhindern; zugleich ist der äussere Zustand der Bücher zu konstatiren. Soweit dies nicht schon auf den Konkursantrag des Gemeinschuldners oder sonst vor der Konkurseröffnung erfolgt ist, macht es das Gesetz dem Gerichtsschreiber zur Pflicht, sofort nach der Konkurseröffnung diese Massregel auszuführen.“ In der Reichstagskommission wurde die Frage angeregt, ob nicht statt des Wortes „schliessen“ besser der kaufmännische Ausdruck „abzuschliessen“ gebraucht werde, worauf Regierungsrath Hagens erklärte: „In Abs. 2 bedeute „schliessen“ nur, dass die Bücher formell sollten geschlossen werden, um eine nachträgliche Eintragung zu verhüten. „Abschliessen“ würde besagen, einen sachlichen Abschluss herbeiführen.“ Dass der Gerichtsschreiber die Schliessung vorzunehmen hat, wurde zufolge eines Beschlusses der Reichstagskommission im Gesetz selbst gesagt. Ein Antrag, nach welchem ausdrücklich vorgeschrieben werden sollte, dass der äussere Zustand der Geschäftsbücher festzustellen sei, wurde von der Kommission abgelehnt, nachdem Regierungsrath Hagens bemerkt hatte, es empfehle sich nicht, diese Feststellung stets obligatorisch zu machen. (K.: 83, 84.) Zu den Geschäftsbüchern gehören vor Allem die Handelsbücher eines Kaufmannes. Es müssen aber auch andere Bücher, welche regelmässige geschäftliche Einträge enthalten, hierher gerechnet werden, gleichviel ob dieselben von einem Kaufmann oder von einem Nichtkaufmann geführt werden. Es kommt nur darauf an, ob

die Einträge in solchen Büchern von Erheblichkeit sind und durch nachträgliche Eintragungen gewisse Beweismomente geschaffen oder entkräftet werden können.

3.
Aufzeichnung der zur Masse gehörigen Gegenstände.

„Hat eine Siegelung stattgefunden, so ist mit der Entsiegelung schrittweise die Aufzeichnung der sämmtlichen zur Konkursmasse gehörigen Gegenstände und die Angabe ihres Werths zu verbinden. Zur Feststellung der Konkursmasse, zur Kontrole des Verwalters und um für dessen künftige Rechnungslegung einen festen Anhalt zu gewinnen, ist die Aufzeichnung erforderlich, auch wenn eine Siegelung unterblieben war. Aus demselben Grunde und um vollen Beweis für die Ausführung zu erlangen, schreibt das Gesetz in Anlehnung an die §§ 380 und 383 der C.-P.-O. vor, dass bei der Aufzeichnung eine obrigkeitliche oder Urkundsperson zugezogen werden soll. Die Zuziehung des Gemeinschuldners ist, wenn er ohne Aufschub zu erlangen ist, sowohl in seinem, wie im Interesse der Masse geboten. Zur Werthsangabe ist eine Abschätzung der Sache nicht gerade erforderlich; es muss dem Verwalter freie Hand gelassen werden, ob und in welcher Weise er eine Abschätzung bewirken will. Häufig, z. B. im Falle sofortiger Versteigerung oder eines Verkaufs zu Markt- und Börsenpreisen oder im Fortbetriebe des Geschäfts würde eine zeitraubende und kostspielige Abschätzung nutzlos und hinderlich sein. Den Verwalter in der Auswahl der etwa beizuziehenden Sachverständigen zu beschränken (pr. K.-O. § 153 Abs. 2) lag kein Grund vor.“ (M.: 344, 345.)

Wegen der Wichtigkeit der Aufzeichnung wurde die Vornahme derselben nicht wie die Siegelung in das Belieben des Verwalters gestellt, sondern demselben als Regel die Pflicht auferlegt, die Aufzeichnung in umfassender Weise und in öffentlicher Urkunde vorzunehmen. Um auch für Fälle Vorsorge zu treffen, in welchen eine solche Aufzeichnung nicht nothwendig ist, wurde aber dem Gericht die Befugniss eingeräumt, den Verwalter von der ihm auferlegten Verpflichtung zu entbinden. „Der Gemeinschuldner hatte vielleicht kurz vor der Konkurseröffnung, um einen aussergerichtlichen Vergleich zu erzielen, unter Zuziehung von Vertrauensmännern eine vollständige Aufzeichnung vorgenommen, oder die neuerdings vorgenommenen Inventuren und die Lagerbücher erscheinen als glaubwürdig, oder das Geschäft soll im Ganzen verkauft werden — in diesen und ähnlichen Fällen muss das Gericht befugt sein, zu gestatten, dass die Aufzeichnung ganz oder theilweise unterbleibe oder nur in privater Form beurkundet werde. Die Ermächtigung hiezu soll aber das Gericht nur auf Antrag des Verwalters und wenn ein Gläubigerausschuss bestellt ist, auf den übereinstimmenden Antrag des letzteren ertheilen dürfen.“ (M.: 345.) Die Aufzeichnung muss sich auch auf diejenigen zur Masse gehörigen Gegenstände erstrecken, welche sich im Besitze Dritter befinden, und bezüglich deren ein Absonderungsrecht begründet ist. Die Durchführung derselben und die Abschätzung solcher Gegenstände wird durch die Vorschrift der §§ 108 und 110 ermöglicht. Dass das Gericht, auch wenn es die Aufzeichnung für nothwendig hält, dem Verwalter die Angabe ihres Werths

erlassen kann, wurde in der Reichstagskommission von Regierungsrath Hagens bestätigt und ist selbstverständlich, da in der grösseren Befugniss auch die geringere enthalten ist. Vom Vorsitzenden wurde im Einverständniss mit den Mitgliedern der Kommission und den Regierungsvertretern konstatirt: „dass die nähere Bestimmung des Begriffs „„obrigkeitliche oder Urkundsperson““ den Landesjustizverwaltungen bezw. den Landesgesetzgebungen überlassen bleibe.“ (K.: 84.)

Für den Fall, dass der Gemeinschuldner ein öffentliches Amt verwaltet hat, verordnet die pr. K.-O. (§ 154) die Benachrichtigung der Behörde von dem Tage der Aufzeichnung. „Eine solche Vorschrift erschien entbehrlich; in § 104 hat die K.-O. die Mittheilung des Eröffnungsbeschlusses an die Dienstbehörde vorgeschrieben; im Uebrigen wird sich dieselbe zur Wahrnehmung des amtlichen Interesses mit dem Verwalter in Verbindung zu setzen haben. Ebensowenig liess sich für das in Abs. 2 des gedachten § 145 der Dienstbehörde gewährte Recht auf Uebernahme der Utensilien zum Taxwerth ein zwingender Grund nachweisen.“ (M.: 345.)

4.

Anfertigung eines Inventars und einer Bilanz.

„Die im § 113 geregelte Aufzeichnung gewährt mit den Büchern und Papieren des Gemeinschuldners die vornehmliche Grundlage für das Inventar und die Bilanz, deren schleunige Herstellung, oder im Falle der Gemeinschuldner Inventar und Bilanz übergeben hat, deren Berichtigung dem Verwalter obliegt. Die Erfordernisse derselben ergeben sich aus ihrer Bestimmung. Sie sollen die Vermögenslage des Gemeinschuldners, wie sie sich durch den Konkurs den Gläubigern gegenüber gestaltet, zur klaren Anschauung bringen. Es wird daher die Beobachtung der Vorschriften des Handelsgesetzbuchs (Art. 29, 31), welche übrigens auch im Konkurse über das Vermögen eines Nichtkaufmanns als passender Anhalt dienen können, nicht immer genügen; vielmehr wird das Verhältniss der Aktiva zu den Passivis durch Heraushebung der einem Absonderungsrecht unterworfenen Vermögensstücke, der Masseschulden und der mit einem Absonderungs- und Vorrecht versehenen Forderungen, genauer aufzuklären sein. Dies ist besonders für die Stellung der Konkursgläubiger zu einer etwaigen Akkordofferte von Bedeutung. Aus demselben Gesichtspunkte empfiehlt sich die in der preussischen Novelle vom 12. März 1869 (zu § 155 der K.-O.) vorgeschriebene Angabe der Verfallzeit der einzelnen Schuldposten und bei Korrealverpflichtungen, namentlich bei Wechseln, die Bezeichnung der Mitverpflichteten und des Grundes ihrer Haftung. Jedenfalls darf ein eventuelles Rückgriffsrecht des Gemeinschuldners auf seine Mitschuldner bei Aufnahme der Aktiva nicht unbeachtet bleiben. Es ist jedoch nicht immer möglich, allen diesen Anforderungen sofort zu genügen und die K.-O. hat es für entbehrlich erachtet, dieselben zum Gegenstande spezieller Bestimmungen zu machen. Die Offenlegung der über eine Siegelung und Entsiegelung aufgenommenen Protokolle, des Inventars und der Bilanz bietet jedem Gläubiger die Möglichkeit, sich über die Sachlage eingehend zu unterrichten. Die Ertheilung von Abschriften gegen Kosten-

erstattung wird auf Erfordern nicht leicht versagt werden; jedem Betheiligten aber ein ausdrückliches Recht darauf einzuräumen erschien mit Rücksicht auf die zu erstrebende Verminderung des Schreibwerks bei den Gerichten bedenklich.“ (M.: 345, 346.)

Das durch den § vorgeschriebene Inventar nebst Bilanz, das ohne Beiziehung einer obrigkeitlichen oder Urkundsperson vom Verwalter aufzustellen ist, unterscheidet sich von der in § 113 geregelten Aufzeichnung dadurch, dass auch die Passiven anzugeben sind und bei der Aufstellung der Aktivmasse auch die Forderungen des Gemeinschuldners zu berücksichtigen sind. Während diese Aufzeichnung hauptsächlich eine Kontrole des Verwalters ermöglichen soll, handelt es sich hier darum, den Betheiligten einen Einblick in die Vermögenslage des Gemeinschuldners zu verschaffen. Dass bei Aufstellung des Inventars auf das Verzeichniss der zur Masse gehörigen Gegenstände verwiesen werden kann, erscheint als selbstverständlich. Aus dem Zweck der durch den § vorgeschriebenen Darlegung der Vermögenslage ergibt sich, dass auch Aussonderungsansprüche bezüglich der in das Verzeichniss aufgenommenen Gegenstände und das Verhalten des Verwalters zu denselben, sowie die Verhältnisse, die bezüglich der Auseinandersetzung einer Gemeinschaft bestehen (§ 44), zu erwähnen sind.

5.

Offenbarungseid des Gemeinschuldners.

„Der Gemeinschuldner ist zu einer vollständigen Angabe seines Vermögens verpflichtet; die §§ 92, 96, 113 sorgen für die Befolgung dieser Pflicht. Auf der gewissenhaften Befolgung beruht die Vollständigkeit und Richtigkeit des Inventars. Sie zu sichern muss der Gemeinschuldner nach Aufstellung und auf Grund des Inventars den Offenbarungseid leisten. Ueber die Verpflichtung hiezu kann ein Zweifel nicht obwalten. Die K.-O. entzieht dieselbe jedem Rechtsstreite und erklärt, die Leistung des Eides zu verlangen sowohl den Verwalter als jeden Konkursgläubiger für befugt. Dagegen macht die K.-O. die Abnahme des Eides nicht zu einem Theile des Konkursverfahrens. Die Abnahme kann und soll ebenso erfolgen, wie auf Grund sonstiger Verpflichtungen eines Schuldners zur Leistung des Eides. (C.-P.-O. § 711.) Zuständig für die Abnahme ist daher nicht das Konkursgericht als solches, wohl aber in Gemässheit des § 780 C.-P.-O. dasselbe Amtsgericht als Vollstreckungsgericht. Das Verfahren soll auch hier nach § 781 Abs. 1 der C.-P.-O. mit der Ladung des Gemeinschuldners in eine Sitzung des Amtsgerichts beginnen und nach den §§ 782, 783, 785—794 seinen Fortgang nehmen; die §§ 784 und 795 entziehen sich einer Anwendung.“ (M.: 346.) Eine Ausdehnung der Verpflichtung auf den Ehegatten, die Kinder, die Dienstboten und Gehülfen des Gemeinschuldners wurde nicht für gerechtfertigt gehalten. „Bei der allgemeinen Vorschrift des § 67 und der Strafvorschrift des § 212 würde die Ausdehnung gewissenhaften Personen gegenüber als Belästigung erscheinen.“ (M.: 346.) Bezüglich des Verfahrens ist auf die Erläuterungen zu den §§ 780 ff. C.-P.-O. zu verweisen. Wenn auch der Gemeinschuldner zur Leistung des Offenbarungseides vorzuladen und

dessen Verpflichtung zur Eidesleistung durch das Gesetz festgestellt ist, so können sich, wenn ein Konkursgläubiger die Leistung des Eides verlangt, doch Streitigkeiten über dessen Befugniss bezw. über dessen Eigenschaft als Konkursgläubiger ergeben, welche das Vollstreckungsgericht zu entscheiden hat. Ist die Forderung im Prüfungsverfahren anerkannt, so muss dies genügen. Andernfalls hat das Vollstreckungsgericht über die Legitimationsfrage zu entscheiden. [1]) Sofern Zweifel bestehen, wird dasselbe aber in der Regel die Sache vertagen, bis über die Feststellung der Forderung entschieden ist. Auch Absonderungsberechtigte sind befugt den Offenbarungseid zu verlangen, da ihnen jedenfalls eine bedingte Forderung zusteht. (Bem. zu § 57.) Dagegen kommt Aussonderungsberechtigten diese Befugniss nicht zu. Hat der Gemeinschuldner den Offenbarungseid geleistet, so kann er zur Wiederholung desselben nicht angehalten werden, da die Voraussetzungen der §§ 784 und 795 C.-P.-O. im Konkursverfahren nicht vorliegen können. (V. die oben mitgetheilten Motive.)[2]) Die Entziehung des dem Gemeinschuldner bewilligten Unterhalts, welche im ersten Entwurf (§ 125) als Folge der Eidesverweigerung vorgesehen war, verfügt die K.-O. nicht. Doch kann die Verweigerung des Eides auf die Entscheidung der Gläubigerversammlung (§ 120) von Einfluss sein.

§ 116.

Die Zwangsverwaltung und die Zwangsversteigerung der zur Masse gehörigen unbeweglichen Gegenstände kann bei der zuständiges Behörde durch den Konkursverwalter betrieben werden.

§ 117.

Der Verwalter ist berechtigt, die Verwerthung eines zur Masse gehörigen beweglichen Gegenstandes, an welchem ein Gläubiger ein Faustpfandrecht oder ein diesem gleichstehendes Recht beansprucht, nach Massgabe der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung zu betreiben. Der Gläubiger kann einer solchen Verwerthung nicht widersprechen, vielmehr seine Rechte nur auf den Erlös geltend machen.

Ist der Gläubiger befugt, sich aus dem Gegenstande ohne gerichtliches Verfahren zu befriedigen, so kann auf Antrag

[1]) V. von Völderndorff Bem. e. III. Bd. II. S. 244; von Sarwey ebendas. Bem. 3 S. 529.

[2]) So auch von Sarwey § 115 Bem. 5 S. 530, und von Völderndorff ebendas. Bem. II. Bd. II. S. 242.

des Verwalters das Konkursgericht dem Gläubiger nach dessen Anhörung eine Frist bestimmen, innerhalb welcher er den Gegenstand zu verwerthen hat. Nach dem Ablaufe der Frist findet die Vorschrift des ersten Absatzes Anwendung.

(E.: §§ 116. 117. M.: 346—349. K.: 84—87; pr. K.-O. §§ 263—271.)

1.

Soweit Absonderungsrechte nicht bestehen, kann der Verwalter die zur Masse gehörigen Gegenstände ohne Weiteres in den gewöhnlichen Formen, sei es im Wege der Versteigerung, sei es aus freier Hand veräussern und es kann das Bedürfniss nach einer Zwangsversteigerung gar nicht hervortreten. Vielmehr veräussert der Verwalter auf Grund der ihm zustehenden Befugnisse (§ 5) in derselben Weise, wie es der Gemeinschuldner selbst gethan haben würde, wenn er nicht in Konkurs gerathen wäre. Nur bedarf der Verwalter zur Veräusserung aus freier Hand der Genehmigung des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung (§ 122). Auf die Veräusserung solcher Gegenstände, bezüglich deren ein Absonderungsrecht nicht besteht, beziehen sich auch die Vorschriften der §§ nicht. [1]) Auch das Bestehen eines Absonderungsrechts entzieht dem Verwalter an sich nicht die Möglichkeit, die Gegenstände, auf welche sich dieses Recht erstreckt, mit der auf ihnen ruhenden Belastung zu veräussern, sei es dass diese aufrechterhalten, sei es dass der Absonderungsberechtigte vom Verwalter befriedigt wird. (Bem. II. 3 zu § 3.) Aber dieser Weg erweist sich häufig als ungeeignet, da es nicht immer gelingt, unter derartigen Umständen einen Käufer zu finden. und ebensowenig der Verwalter stets in der Lage ist, oder ein Interesse daran hat, die Absonderungsberechtigten auszuzahlen. Es ergab sich hienach das Bedürfniss nach einer Veräusserungsart, welche die auf den zu veräussernden Gegenständen haftenden Rechte beseitigt und die Befriedigung der Realgläubiger durch Vertheilung des Erlöses ermöglicht, und diesem Bedürfniss wird durch die §§ 116 und 117 genügt. Sowie den Absonderungsberechtigten die Befugniss zusteht, die Zwangsveräusserung zu betreiben (Bem. II. 1 zu § 3), so soll auch dem Konkursverwalter dieses Recht zustehen und er dadurch in die Lage gesetzt werden, die Interessen der Konkursgläubiger gegenüber denjenigen der Absonderungsberechtigten zu wahren. Macht der Verwalter von den ihm durch die §§ übertragenen Befugnissen Gebrauch, so tritt er den Absonderungsberechtigten als Vertreter der Konkursgläubiger gegenüber und betreibt als solcher das Verfahren. In allen Fällen handelt es sich nur um eine Befugniss des Verwalters,

[1]) V. auch Hullmann § 116 Bem. 8 S. 259. Von Sarwey behauptet zwar (§ 116 Bem. 4 S. 532 ff.), der Verwalter könne auch, wenn ein Absonderungsrecht nicht bestehe, die Zwangsveräusserung betreiben und müsse dies thun, wenn die Gläubigerversammlung einen Antrag auf Verkauf aus freier Hand ablehne. Auch wirft er Hullmann vor, dass er sich mit § 122 Nr. 1 in Widerspruch setze. Dessen Ansicht kann aber nicht als richtig angesehen werden. (Bem. III. 1 zu § 121 ff.)

welche derselbe im Interesse der Konkursgläubiger auszuüben hat, nicht um eine Verpflichtung desselben gegenüber den Absonderungsberechtigten. „Wenn nach den vorhandenen Belastungen mit Sicherheit zu erwarten ist, dass aus einem Verkaufe ein Ueberschuss für die Konkursmasse sich nicht ergeben wird, so würde die Extrahirung desselben für den Verwalter sowenig geboten und pflichtgemäss sein, als etwa die Ausklagung uneinziehbarer Forderungen.“ (M.: 349.) In der Reichstagskommission wurde zwar von Websky ein Antrag gestellt, nach welchem der Verwalter verpflichtet sein sollte, auf Antrag eines Absonderungsberechtigten die Zwangsveräusserung zu betreiben, insofern dieser berechtigt ist, seine Forderung (nach § 88) als Konkursgläubiger geltend zu machen; derselbe wurde aber wieder zurückgezogen. (K.: 84—86.) Als selbstverständlich wurde es in den Motiven (349) bezeichnet: „Dass bei den auf Betreiben des Konkursverwalters einzuleitenden Zwangsverkäufen von Mobilien oder Immobilien die bei der gewöhnlichen Exekution dem Schuldner vor dem wirklichen Angriff des Pfandes etwa zu gestattenden und von den absonderungsberechtigten Gläubigern auch im Konkurse zu respektirenden Fristen hinwegfallen.“

2.

Bezüglich der Vorschrift des § 116 wurde in den Motiven (347, 348) bemerkt: „Der § 116 verleiht dem Konkursverwalter das Recht, die Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung der zur Masse gehörigen unbeweglichen oder als solche geltenden Gegenstände bei der zuständigen Behörde zu betreiben. Dem Gemeinschuldner gegenüber wird diese Bestimmung selbstverständlich erscheinen, da für ihn der Konkurs immer, wenn auch nicht der Form so doch dem Wesen nach, den Charakter eines Zwangsverfahrens behält, selbst dann, wenn er auf seinen eigenen Antrag eröffnet ist. Aber auch im Verhältniss zu den Hypothekengläubigern welches hier vornehmlich in Betracht kommt, wird die Vorschrift kein Bedenken erregen. Der Satz des älteren römischen Rechts, dass nur der prior creditor die verpfändete Sache zum Verkauf bringen könne, ist, wenn er überhaupt jemals unbedingte Geltung gehabt hat, sowohl von der neueren gemeinrechtlichen Praxis, als von den neuen Pfandgesetzen fast allgemein aufgegeben. Es kann daher nicht nur der jüngere Hypothekengläubiger, sondern auch der persönliche Gläubiger das Grundstück seines Schuldners auf Grund eines exekutorischen Titels zum Gegenstande der Zwangsvollstreckung machen. Wenn der Konkurs dieses Recht dem Einzelnen im Interesse Aller entzieht (§ 11), so muss er dafür, soll der Zweck dieser Rechtsbeschränkung erreicht werden, der Gesammtheit einen Ersatz gewähren und dieser liegt in der Uebertragung dieser Befugniss auf den Konkursverwalter. Den Hypothekengläubigern würde ein Grund zur Beschwerde nur dann gegeben sein, wenn ihnen zugleich ein Opfer an ihren materiellen Rechten zugemuthet würde. Dessen enthält sich aber die K.-O. in der bereits früher (zu § 39) entwickelten Tendenz, das Immobiliarrecht der verschiedenen Territorien unangetastet zu lassen. — Aus dem Rechte des Verwalters, die Zwangsvollstreckung in die vorhandenen Immobilien u. s. w. zu betreiben, folgt von selbst seine Legitimation, ein bereits anhängiges Verfahren aufzunehmen oder demselben beizutreten, um sich einen

bestimmenden Einfluss auf die Durchführung desselben zu sichern. (V. M.: zu § 11.) Immer aber, mag der Verwalter oder ein absonderungsberechtigter Gläubiger das Verfahren veranlasst haben, geht dieses seinen selbständigen Gang und wird nicht ein Theil des Konkursverfahrens. Seine Leitung gebührt also der nach den allgemeinen Vorschriften zuständigen Behörde (v. C.-P.-O. §§ 755—757); der Konkursverwalter hat dabei nur die Rechte einer Partei. Auch die Wirkungen der Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung sind gegenüber den Realgläubigern dieselben, wie wenn ein Konkurs nicht schwebte." Dass der Konkurs ein Zwangsvollstreckungsverfahren, welches von einem Absonderungsberechtigten betrieben wird, nicht unterbricht, wurde bereits früher (Bem. 2 zu § 11 und Bem. 3 zu § 218 der C.-P.-O.) erwähnt.[1]) Will der Verwalter dem Gläubiger das Vollstreckungsverfahren aus der Hand nehmen, so muss er hienach demselben von seiner Absicht Mittheilung machen und nun seinerseits bei dem zuständigen Vollstreckungsgericht die nöthigen Anträge stellen, um das Verfahren einzuleiten und weiter durchzuführen. In welcher Weise dies zu geschehen hat, ist nach der Landesgesetzgebung zu beurtheilen. In Ermangelung entgegenstehender Vorschriften wird das vom Absonderungsgläubiger durchgeführte Verfahren in Kraft bleiben und der Verwalter berechtigt sein, dasselbe fortzusetzen. Auch wird demselben das Recht zustehen, dem Absonderungsberechtigten die weitere Betreibung des Verfahrens zu überlassen, und sich nur demselben anzuschliessen.[2]) Wurde das Vollstreckungsverfahren nicht von einem Absonderungsberechtigten, sondern von einem gewöhnlichen Konkursgläubiger betrieben, so wird dasselbe durch die Konkurseröffnung gehemmt, da nach § 11 Arreste und Zwangsvollstreckungen zu Gunsten einzelner Konkursgläubiger weder eingeleitet noch fortgesetzt werden dürfen. (Bem. 1 zu § 11.) Wenn der Verwalter in diesem Falle von der Befugniss, die Zwangsversteigerung zu betreiben, Gebrauch machen will, so ist er ebenfalls berechtigt, das begonnene Verfahren einfach fortzusetzen, eine Wiederholung der bereits vorgenommenen zum Verfahren gehörigen Handlungen sonach nicht erforderlich.[3])

3.

„Bei beweglichen Vermögensstücken fallen die Rücksichten weg, welche einer einheitlichen Regelung der Rechtsverhältnisse an Immobilien entgegenstehen. Der § 117 versagt den mit einem Faustpfandrecht an einer beweglichen Sache versehenen und den ihnen gleichgestellten Gläubigern das Widerspruchsrecht gegen den von dem Konkursverwalter beantragten Zwangsverkauf und verweist sie mit ihren Ansprüchen auf den Erlös. Die C.-P.-O. (§ 710) gewährt aller-

[1]) Der Ansicht, dass die Konkurseröffnung ein von einem Absonderungsberechtigten betriebenes Zwangsvollstreckungsverfahren nicht unterbricht, hat sich inzwischen auch Hullmann (§ 116 Bem. 7 S. 257 ff.) angeschlossen.

[2]) V. von Sarwey § 116 Bem. 6 S. 533.

[3]) V. auch Hullmann § 116 Bem. 7 II. S. 259; von Sarwey ebendas. Bem. 6 S. 533. A. M. ist Hauser in der Zeitschrift für Reichs- und Landesrecht J. 1877 S. 469 ff.

dings denjenigen Gläubigern, welche auf Grund eines Pfand- oder Vorzugsrechts sich im Besitz einer Sache befinden, ein Widerspruchsrecht gegen die Pfändung derselben für andere Gläubiger ihres Schuldners. Für den Konkurs besteht ein solches Widerspruchsrecht schon nach der pr. K.-O. (§§ 264, 376) nicht; auch nach gemeinem Recht kann der Verkauf eines Pfandstücks gegen den Willen des Pfandgläubigers erfolgen, sofern diesem zuvor idonea cautela pro indemnitate geleistet wird. Die gesetzliche Kautel der vorzugsweisen Befriedigung aus dem Erlöse reicht hin." (M.: 348.) Eine Ausnahme von dieser Vorschrift wurde nur für nothwendig gehalten zu Gunsten derjenigen Gläubiger, welche das Recht haben, sich ohne gerichtliches Verfahren aus dem Pfande zu befriedigen. „Für diese handelt es sich nicht bloss um den Zeitpunkt, sondern auch um die Art des Verkaufs, und die freie Bestimmung über die letztere ist häufig für den Erfolg von so wesentlicher Bedeutung, dass die Entziehung derselben in vielen Fällen zu einer materiellen Beschädigung des Pfandgläubigers führen würde. Das Gesetz lässt daher dieses Recht im Konkurs bestehen, gleichviel ob dasselbe auf Gesetz, Privilegium oder auf rechtsgültiger Verabredung beruht." (M.: 348.) Ob ein solches Recht besteht, ist nach dem materiellen Recht zu beurtheilen. Es wird sich sonach in den einzelnen Ländern ein verschiedenartiger Rechtszustand herausstellen. „Die Beseitigung solcher territorialen Rechtsverschiedenheiten liegt ausserhalb der Aufgaben der K.-O. Als gerichtliches Verfahren ist übrigens jede das Verfügungsrecht des Pfandgläubigers beschränkende Verfügung eines Gerichts anzusehen, so dass die zahlreichen Fälle, in denen das H.-G.-B. dem Pfandgläubiger den Verkauf der Sache zwar ohne vorgängige Klage aber doch nur auf Grund einer von ihm nachzusuchenden gerichtlichen Verordnung gestattet (v. H.-G.-B. Art. 310, 374, 375, 382, 387, 409, 624, 626, 629, 675, 727) nicht unter die Ausnahmen gehören." (M.: 349.) In der Reichstagskommission stellte Goldschmidt die Frage, ob Abs. 1 oder Abs. 2 des § 317 Anwenduug finde, wenn das Gericht dem Pfandgläubiger auf Grund des Art. 310 den freihändigen Verkauf gestatte und zur Zeit der Konkurseröffnung dem Gläubiger diese Ermächtigung bereits ertheilt sei, aber der Verkauf noch ausstehe. Darauf erklärte Appellrath Hauser unter Zustimmung des Reg.-Raths Hagens und des Abg. Hullmann: „Sofern der Gläubiger das Gericht nicht mehr anzugehen brauche, also in dem vom Vorredner angegebenen Falle, finde Abs. 2 des § 117 Anwendung; es komme auf das konkrete Recht des Gläubigers im Augenblick der Konkurseröffnung an. Auch konstatirte der Vorsitzende unwidersprochen, dass diese Auslegung der Meinung der Kommission entspreche." (K.: 87.)

Wurde dem Pfandgläubiger, der sich in der im Abs. 2 vorgesehenen Ausnahmestellung befindet, das Recht des aussergerichtlichen Verkaufs belassen, so sollte andrerseits der Konkursverwalter solchen Gläubigern gegenüber „nicht auf die volle Einlösung oder auf den Privatverkauf der Sache mit dem auf ihr haftenden Pfandrechte beschränkt bleiben", sondern er erlangt auch bezüglich der in Frage stehenden Gegenstände das Recht des Zwangsverkaufs, wenn der Gläubiger innerhalb einer ihm vom Konkursgericht gesetzten Frist von seinem Verkaufsrecht keinen Gebrauch macht. „Dieser Ausweg tritt den Rechten des Pfandgläubigers um so weniger nahe, als auch im Wege der Zwangs-

vollstreckung nach §§ 721, 722 der C.-P.-O. der Gerichtsvollzieher das Pfandstück aus freier Hand verkaufen und nach § 726 das Vollstreckungsgericht jeden anderweitigen der Sachlage entsprechenden Verkauf anordnen kann. Betritt demgemäss oder zufolge der Regel des § 117 Abs. 1 der Konkursverwalter den Weg des Zwangsverkaufs der Pfandsache, so finden nicht bloss auf die Bewirkung desselben die Vorschriften der C.-P.-O. Anwendung, sondern auch auf die Befriedigung des Pfandgläubigers. Diese erfolgt nicht etwa nach Massgabe der §§ 58, 60, 62, 63 der K.-O.; vielmehr muss, wenn die Befriedigung nicht sofort und bei mehreren Pfandgläubigern nicht vollständig geschehen kann, der Erlös nach Massgabe der §§ 728 Abs. 3, 751 Abs. 3, 758 ff. der C.-P.-O. hinterlegt und vertheilt werden." (M.: 349.) Die Vorschriften der C.-P.-O. werden übrigens mannigfache Modifikationen erfahren, welche sich aus der Natur des Konkurses und den besonderen Vorschriften der K.-O. ergeben. So ist, wenn es sich um die Verwerthung von Forderungen handelt, wie auch in der Reichstagskommission (87) von Regierungsrath Hagens hervorgehoben wurde, eine besondere Ueberweisung der Forderung an den Verwalter nicht erforderlich, weil die Forderung bereits zur Konkursmasse gehört. So hat die Besitzergreifung, welche der Gerichtsvollzieher bezüglich einer körperlichen Sache vornimmt, hier nicht die in der C.-P.-O. vorgesehenen Wirkungen der Pfändung (Pfändungs-Pfandrecht) da die Sache, soweit die Ansprüche des Absonderungsberechtigten nicht im Wege stehen, ohnedies den Konkursgläubigern haftet u. s. w. [1])

§ 118.

Bis zur Beschlussfassung durch eine Gläubigerversammlung kann der Verwalter mit Genehmigung des Gerichts oder, wenn von dem Gerichte ein Gläubigerausschuss bestellt ist, mit dessen Genehmigung dem Gemeinschuldner und der Familie desselben nothdürftigen Unterhalt aus der Konkursmasse gewähren.

Bis zur Beschlussfassung durch eine Gläubigerversammlung hat der Verwalter nach seinem Ermessen das Geschäft des Gemeinschuldners zu schliessen oder fortzuführen und die Gelder, Werthpapiere und Kostbarkeiten nach Anordnung des Gerichts zu hinterlegen. Ist von dem Gerichte ein Gläubigerausschuss bestellt, so beschliesst dieser über die Schliessung oder die Fortführung des Geschäfts und über die Hinterlegung der Gelder, Werthpapiere und Kostbarkeiten.

[1]) V. von Sarwey § 117 Bem. 3. S. 535.

§ 119.

In der ersten Gläubigerversammlung hat der Verwalter über die Entstehung der Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners, über die Lage der Sache und über die bisher ergriffenen Massregeln zu berichten.

§ 120.

Die Gläubigerversammlung beschliesst über eine dem Gemeinschuldner und dessen Familie zu bewilligende Unterstützung, über die Schliessung oder die Fortführung des Geschäfts und über die Stelle, bei welcher, sowie über die Bedingungen, unter welchen die Gelder, Werthpapiere und Kostbarkeiten hinterlegt oder angelegt werden sollen.

Die Gläubigerversammlung beschliesst, in welcher Weise und in welchen Zeiträumen der Verwalter ihr oder einem Gläubigerausschusse über die Verwaltung und Verwerthung der Masse Bericht erstatten und Rechnung legen soll.

(E.: §§ 118—120. M.: 350—353. K.: 87. 89. 90; pr. K.-O. §§ 132. 136a. 144. 161—163. 221. 224. 225. 244. 336.)

1.
Unterstützung des Gemeinschuldners.
(§§ 118 Abs. 1 und 120.)

Ueber die Grenzen des § 1 Abs. 2 hinaus steht dem Gemeinschuldner ein rechtlicher Anspruch auf Gewährung von Unterhalt aus der Konkursmasse nicht zu. Aus Billigkeitsgründen glaubte man jedoch die Möglichkeit einer Unterstützung desselben nicht ausschliessen zu dürfen und zwar kann eine solche nicht bloss dem Gemeinschuldner selbst, sondern auch dessen Familie bewilligt werden. Zu dieser gehören vor Allem Frau und Kinder; es werden aber andere Verwandte, welche mit dem Gemeinschuldner zusammenleben, z. B. eine Mutter oder Schwester, welche demselben die Haushaltung führt, zu derselben zu rechnen sein, gleichviel ob derselbe verpflichtet ist, deren Unterhalt zu bestreiten oder nicht.[1]) Die

[1]) V. von Völderndorff § 118 Bem. e. Bd. II. S. 259. A. M. ist von Sarwey, welcher (ebendas. Bem. 4 S. 538) sagt, zur Familie werde man nur diejenigen Angehörigen des Gemeinschuldners rechnen können, welche auf die Unterhaltung durch ihn angewiesen seien und welche er zu alimentiren verpflichtet sei.

endgültige Entscheidung der Frage, ob eine solche Unterstützung, welche nach § 51 Nr. 3 zu den Massekosten gehört, zu bewilligen ist, steht nach § 120 der Gläubigerversammlung zu. Bis zu deren Zusammentritt kann aber nach § 118 Abs. 1 auch der Verwalter den nothdürftigen Unterhalt gewähren. „Es handelt sich um eine Schmälerung der Masse ohne zwingende Verpflichtung und hiefür kann nur der Wille der Gläubiger, zu deren Befriedigung die Masse bestimmt ist, entscheidend sein. Nur vorläufig, bis zur Beschlussfassung durch die Gläubigerversammlung, soll daher der Konkursverwalter mit Genehmigung des etwa vom Gericht bestellten Gläubigerausschusses und in Ermangelung eines solchen mit Genehmigung des Gerichts befugt sein, dem Gemeinschuldner und dessen Familie Unterhalt zu gewähren, jedoch nicht über das Maass des Nothwendigen hinaus. Die Zulässigkeit der Bewilligung an andere Voraussetzungen, als den vorhandenen Nothstand, zu knüpfen, ist nicht angemessen erschienen. Verwalter und Ausschuss oder Gericht mögen selbst erwägen, welches Gewicht sie auf die moralische Würdigkeit des Gemeinschuldners legen wollen. Sie können auch, wenn der Gemeinschuldner stirbt, der Familie desselben eine Unterstützung gewähren. Dass zum nothdürftigen Unterhalt auch eine Wohnung gewährt werden kann, ist selbstverständlich; es wäre eine unnütze Härte, diese dem Gemeinschuldner zu entziehen, solange sich nicht Gelegenheit zu einer anderen, für die Gläubiger nützlichen Verwerthung derselben findet. Ihre ausdrückliche Erwähnung ist nur desshalb unterblieben, um nicht der aus der Fassung der pr. K.-O. (§ 162) gezogenen Folgerung einen neuen Anhalt zu gewähren, dass die Einräumung der Wohnung auf Kosten und gegen den Willen der Realgläubiger erfolgen könne. V. Entsch. des pr. Obertribunals vom 2. Dez. 1869 in Striethorst's Archiv Bd. 78 S. 3 und pr. Anwaltszeitung Bd. II. S. 201, 411.“ (M.: 350.) Wenn der Verwalter oder der Gläubigerausschuss die vorläufige Unterstützung versagt, so muss der Gemeinschuldner die Entscheidung der Gläubigerversammlung abwarten, und es kann das Gericht demselben nur insoweit behülflich sein, als es diese sofort einberuft. Hat dagegen der Verwalter eine Unterstützung bewilligt, so wird, wenn das Gericht die Genehmigung versagt, dem Gemeinschuldner wie dem Verwalter die sofortige Beschwerde gegen diesen Beschluss zustehen. Die Gläubigerversammlung hat über die zu bewilligende Unterstützung ganz frei zu entscheiden; sie kann, wenn der Verwalter eine Unterstützung bewilligt hat, dieselbe entziehen oder vermindern, aber auch erhöhen und ebenso eine Unterstützung bewilligen, wenn der Verwalter eine solche verweigert hatte. An die Beschränkung des § 118 auf den „nothdürftigen“ Unterhalt ist die Gläubigerversammlung nicht gebunden. Hat die Versammlung nach der Ansicht des Verwalters oder eines überstimmten Gläubigers eine zu hohe Unterstützung bewilligt, so kann das Gericht nach § 91 auf Antrag diesen Beschluss aufheben. Wurde dagegen die Unterstützung verweigert, oder nach der Ansicht des Verwalters oder einzelner Gläubiger in zu geringem Maasse bewilligt, so kann hieran durch die Berufung an das Gericht nichts geändert werden. Nach § 91 kann das Gericht zwar die Ausführung eines von der Gläubigerversammlung gefassten Beschlusses untersagen, aber nichts Positives an dessen Stelle setzen und die Untersagung der Ausführung eines negativen Beschlusses ist gegenstandslos.

2.

Fortführung und Schliessung des Geschäfts.

(§§ 118 Abs. 2 und 120 Abs. 1.)

„Die Bestimmung über eine etwaige Fortführung des Geschäfts ist zunächst in die Hände des Verwalters, oder wenn von dem Gerichte gemäss § 79 ein Gläubigerausschuss bestellt ist, in dessen Hände, endgültig aber in die der Gläubigerversammlung gelegt. Die Fortführung wird sowohl im Interesse des Gemeinschuldners als dem der Gläubiger häufig wünschenswerth, nicht selten, namentlich bei Fabrikgeschäften, zur Abwendung grosser Nachtheile geradezu erforderlich sein. Das Gericht mit der Entscheidung darüber zu befassen, konnte sich nicht empfehlen, da bei demselben die erforderliche Sachkenntniss in der Regel nicht präsumirt werden kann. Die Frage, ob und inwieweit der Verwalter befugt ist, bei einer Fortführung des Geschäfts neue, für die Konkursmasse und den Gemeinschuldner bindende, Verpflichtungen einzugehen, beantwortet sich aus den zum § 5 entwickelten Grundsätzen.[1]) Ob und inwieweit gewerbepolizeiliche Hindernisse, insbesondere aus dem Konzessionsrecht oder der Unzulässigkeit eines Gewerbebetriebs durch Stellvertreter, der Fortführung entgegenstehen, bestimmt sich nach den Vorschriften der Gewerbe-Ordnung (§§ 29 ff., 41 ff., 55 ff.); auch die steuerliche Seite ist hier nicht zu erörtern, doch wird die Erwähnung von Interesse sein, dass in Preussen sowohl die höchste Verwaltungsbehörde als das Obertribunal den blossen Ausverkauf eines Geschäfts im Konkurse für steuerfrei anerkannt haben.“ (M.: 351.) Das Gericht kann auf die Fortführung oder Schliessung des Geschäfts nur einen mittelbaren Einfluss ausüben. Dem Verwalter kann es die Entscheidung aus der Hand nehmen, indem es einen vorläufigen Gläubigerausschuss ernennt, oder eine Gläubigerversammlung beruft. Bezüglich der Beschlüsse der letzteren kann es auf Antrag die Ausführung untersagen, wenn sie dem gemeinsamen Interesse der Konkursgläubiger widersprechen. (§ 91.)

3.

Hinterlegung von Geldern, Werthpapieren und Kostbarkeiten. Anlegung von Geldern.

(§§ 118 Abs. 2 und 120 Abs. 1.)

„Was die von dem Verwalter zu erhebenden Einnahmen anbelangt, so wurde von Beschränkungen desselben bezüglich der Einnahme selbst (Visa des Gerichts bei Quittungen des Verwalters u. s. w.) im Allgemeinen abgesehen und bloss, soweit es sich um den Empfang von Geldern, Werthpapieren und Kostbarkeiten von der Hinterlegungsstelle und um Anweisungen des Verwalters auf diese handelt, die Mitzeichnung eines Mitgliedes des Gläubigerausschusses vorgeschrieben. Im Uebrigen ist der Verwalter allein zur Empfangnahme aller zur Masse gehörigen Gegenstände, sowie der an dieselbe geschuldeten Gelder ermächtigt und die von ihm ausgestellten Empfangsbescheinigungen sind Dritten gegenüber unbedingt

[1]) V. Bem. II. 3 zu § 5.

wirksam. Durch die §§ 118 und 120 werden Vorkehrungen dafür getroffen, dass die Geldbestände nicht länger als nothwendig in den Händen des Verwalters bleiben oder von demselben zu fremdartigen Zwecken verwendet werden. Es wurde aber dem in der K.-O. angenommenen Grundsatze der Selbstverwaltung entsprechend (Bem. I. zu §§ 79 ff.) von einer unbedingten Verpflichtung des Verwalters zur Hinterlegung bei Gericht oder bei einer sonstigen Kasse abgesehen. Bis zum Zusammentritt der Gläubigerversammlung hat der vorläufig ernannte Gläubigerausschuss, und wenn ein solcher nicht bestellt wurde, das Gericht die näheren Anordnungen über die Hinterlegung zu treffen, und ist es sonach auch deren Sache, zu bestimmen, wieviel von den vorhandenen Beständen oder eingehenden Geldern zu laufenden Verwaltungsausgaben oder sonst nothwendigen Zahlungen zurückgehalten werden soll. Die endgültige Bestimmung darüber, in welcher Weise und unter welchen Bedingungen die Werthsachen, die Gelder und die Werthpapiere hinterlegt oder angelegt werden sollen, muss der Beschlussfassung der Gläubiger überlassen werden. Die Gläubiger — die Gläubigerversammlung und, da in den meisten Fällen diese Angelegenheit einem von den Gläubigern bestellten Gläubigerausschuss übertragen werden wird, vorzüglich letzterer — sind selbst im Stande und am nächsten betheiligt, die Sicherheit der Hinterlegungsstelle und die Vortheile und Nachtheile zu prüfen, welche sie bietet; die Möglichkeit zu nutzbringender, sicherer Anlegung der disponiblen Gelder, z. B. durch Ankauf leicht realisirbarer Staatspapiere, Pfandbriefe oder Wechsel, durfte nicht ausgeschlossen werden. Sich der Befolgung der Beschlüsse durch den Verwalter zu vergewissern gehört zur Kontrole desselben. Die Handhaben, welche die K.-O. für diese gewährt, sind ausreichend genug, um eine gesetzliche Androhung hoher Verzugszinsen oder des Verlusts des Honorars oder der Amtsentsetzung, welche andere Gesetzgebungen für den Fall unterlassener Ablieferung gegen den Verwalter aussprechen, entbehrlich zu machen.“ (M.: 352, 353.) Auf die Anfrage des Abg. Hullmann, welcher Unterschied zwischen „Anlegen“ und „Hinterlegen“ bestehe, erwiderte Regierungsrath Hagens in der Reichstagskommission: „In § 120 bezeichne „Hinterlegen“ das blosse Deponiren, „Anlegen“ das Nutzbarmachen insbesondere durch Ankauf von Wechseln, Staatsobligationen u. s. w. Uebrigens sei auch durch den Ausdruck „Hinterlegung“ eine Zinsbarmachung der deponirten Gelder nicht ausgeschlossen. Dagegen beschränke sich der Ausdruck nicht auf die zu gerichtlichen Hinterlegungen bestimmten Anstalten. Die Hinterlegung könne bei jeder Bank und bei Jedermann angeordnet bezw. beschlossen werden.“ Gegen diese Anslegung wurde Widerspruch nicht erhoben. (K.: 88.)

4.

Berichterstattung und Rechnungslegung des Verwalters.

(§§ 119 und 120 Abs. 2.)

Der mündliche Vortrag, welchen der Verwalter nach § 119 in der ersten Gläubigerversammlung zu halten hat, soll in Verbindung mit der dem Gemeinschuldner selbst zur Pflicht gemachten Auskunftsertheilung den Gläubigern einen möglichst vollständigen Einblick in die Sachlage verschaffen und ist, wie in den

Motiven (351) hervorgehoben wurde, hiezu geeigneter, als ein schriftlicher Bericht, wie ihn andere Gesetzgebungen, insbesondere die pr. K.-O. (§ 163) vorgeschrieben haben. „Es wird dadurch zugleich den Gläubigern eine Veranlassung zur stärkeren Betheiligung an dem Wahltermin gegeben, und bei Anwendung des jedem Gläubiger zustehenden Fragerechts muss die Klarstellung der Sache wesentlich gefördert werden. Dass für diese die Buchführung des Gemeinschuldners ein wesentliches, in kaufmännischen Konkursen nicht zu umgehendes Mittel ist, versteht sich von selbst. Nicht bloss der Verwalter, sondern auch der Gläubigerausschuss wird sich von ihrer Beschaffenheit überzeugen müssen. Ob sie einer technischen Revision zu unterziehen ist, muss im einzelnen Falle geprüft werden.“ (M.: 351, 352.)

Auf Grund dieser allgemeinen Verhandlung über die Sachlage, welche, wie auch in den Motiven bemerkt wurde, den Wahlen zweckmässiger Weise vorauszugehen hat, wird die Gläubigerversammlung die ihr zugewiesenen Beschlüsse in der Regel sofort fassen können. „Sie kann aber dieselben auch dem etwa bestellten Gläubigerausschuss übertragen.“ (M.: 352.) Ausser der bereits erörterten Beschlussfassung über die Unterstützung des Gemeinschuldners und über die Fortführung des Geschäfts und die Hinterlegung von Geldern u. s. w. kommt noch die laufende Kontrolirung des Verwalters in Betracht, über welche gleichfalls zu beschliessen ist. Zu dieser dienen im Allgemeinen Anordnungen über die fortlaufende Berichterstattung und Rechnungslegung des Verwalters, welche auch die Buch- und Aktenführung desselben, die Sammlung der erforderlichen Beläge u. s. w. umfassen können, und denen durch das Kontrolrecht des Gläubigerausschusses (§ 80), sowie nöthigenfalls durch die Disziplinarbefugniss des Gerichts (§ 76) Nachdruck zu geben ist.“ (M.: 352.) In der Regel wird die Abnahme der von Zeit zu Zeit zu erstattenden Berichte und der Rechnungslegungen, welche letzteren am besten schriftlich zu erfolgen haben und dann die Schlussrechnung in zweckmässiger Weise vorbereiten, dem Gläubigerausschuss übertragen werden.[1])

§ 121.

Der Verwalter hat, falls ein Gläubigerausschuss bestellt ist, dessen Genehmigung einzuholen:

1. wenn Gegenstände, deren Verkauf ohne offenbaren Nachtheil für die Masse ausgesetzt werden kann und nicht durch die Fortführung des Geschäfts veranlasst wird, verkauft werden sollen, bevor der allgemeine Prüfungstermin abgehalten oder ein vor dem Schlusse desselben eingereichter Zwangsvergleichsvorschlag erledigt ist;

[1]) V. von Völderndorff § 120 Bem. g. Bd. II. S. 271, 272; von Sarwey ebendas. Bem. 5 S. 542.

2. wenn die Erfüllung von Rechtsgeschäften des Gemeinschuldners verlangt, Prozesse anhängig gemacht, deren Aufnahme abgelehnt, Vergleiche oder Schiedsverträge geschlossen, Aussonderungs-, Absonderungs- oder Masseansprüche anerkannt, Pfandstücke eingelöst, oder Forderungen veräussert werden sollen, und es sich in diesen Fällen um einen Werthgegenstand von mehr als dreihundert Mark handelt.

§ 122.

Der Verwalter hat die Genehmigung des Gläubigerausschusses oder, wenn ein solcher nicht bestellt ist, die Genehmigung einer Gläubigerversammlung einzuholen:

1. wenn ein unbeweglicher Gegenstand aus freier Hand, oder das Geschäft des Gemeinschuldners im Ganzen, oder das Recht auf den Bezug wiederkehrender Einkünfte veräussert werden soll;
2. wenn Erbschaften oder Vermächtnisse für die Masse aufgegeben, oder wenn Darlehen aufgenommen, fremde Verbindlichkeiten übernommen, zur Masse gehörige Gegenstände verpfändet, oder Grundstücke erstanden werden sollen.

§ 123.

Der Verwalter hat in den Fällen der §§ 121, 122 vor der Beschlussfassung des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung, und in den Fällen des § 121, wenn ein Gläubigerausschuss nicht bestellt ist, vor der Vornahme der Rechtshandlung dem Gemeinschuldner, sofern derselbe ohne Aufschub zu erlangen ist, von der beabsichtigten Massregel Mittheilung zu machen.

Das Gericht kann auf Antrag des Gemeinschuldners, sofern nicht die Gläubigerversammlung die Genehmigung ertheilt hat, die Vornahme der Rechtshandlung vorläufig

untersagen und zur Beschlussfassung über die Vornahme eine Gläubigerversammlung berufen.

§ 124.

Durch die Vorschrift der §§ 121—123 wird die Gültigkeit einer Rechtshandlung des Verwalters dritten Personen gegenüber nicht berührt.

(E.: §§ 121—123. 125. M.: 354—357. K.: 87. 88. 170. 171; pr. K.-O. §§ 157—160. 222. 223. 256. 264. 273 ff.)

I.

Allgemeine Bemerkungen.

„In den §§ 121 und 122 sind diejenigen Verfügungen über die Konkursmasse zusammengestellt, für welche ein Zusammenwirken des Verwalters und der Gläubiger erfordert wird. Es musste hiebei ein doppelter Gesichtspunkt massgebend sein; einerseits die Rücksicht auf die Wichtigkeit, Tragweite oder die Ungewöhnlichkeit einzelner Dispositionen, welche es nicht gestattet, über das Interesse der Betheiligten lediglich das Ermessen des Verwalters entscheiden zu lassen; andererseits die Erwägung, dass nicht durch zu weit gehende Beschränkungen des Letzteren die Abwicklung des Liquidationsgeschäftes zum grösseren Nachtheil der Betheiligten gelähmt werden darf. Daraus ergaben sich zwei Klassen von Rechtsgeschäften. Rechtsgeschäfte, bei welchen der letztere Gesichtspunkt vorwiegt, lassen die umständlichere, weniger diskrete Zusammenberufung und Beschlussfassung der Gläubigerversammlung unthunlich und nur die Beschränkung des Verwalters durch Verständigung mit einem Gläubigerausschuss thunlich erscheinen, dergestalt dass, wenn die Gläubiger einen Ausschuss nicht bestellt haben, der Verwalter in der Vornahme der Geschäfte selbständig sein muss. Diese Kategorie von Rechtsgeschäften stellt § 121 zusammen. Wo hingegen der erste Gesichtspunkt durchschlägt, musste der Verwalter in Ermangelung eines Gläubigerausschusses an die Genehmigung der Gläubigerversammlung gewiesen werden. Die Rechtsgeschäfte, welche dieser Kategorie zugehören, enthält § 122." (M.: 354.) Verfügungen, bei welchen schon eine kurze Zeitversäumniss unwiderrufliche Nachtheile für die Masse herbeiführen könnte, z. B. die Aufhebung bestehender Pacht-, Mieth- und Dienstverträge, wurden einer Mitwirkung der Gläubiger ganz entzogen. Dass die in den §§ 121 und 122 vorgeschriebene Genehmigung in allgemeiner Weise ertheilt werden kann, wurde in den Motiven (356) ausdrücklich hervorgehoben. Es ist dies insofern richtig, als auch durch eine solche Genehmigung der Verwalter zur Vornahme der Handlung berechtigt und von der Verantwortlichkeit entlastet wird. Wenn die Mitglieder des Gläubigerausschusses in dieser Weise verfahren, und ohne Prüfung der Sachlage die Genehmigung ertheilen, kann aber auf ihrer Seite eine Pflichtverletzung angenommen werden, welche sie

haftbar macht.[1]) Weiter wurde in den Motiven bemerkt, dass es dem Verwalter in dringenden Fällen unbenommen sei, die Genehmigung nach Vornahme der Handlung einzuholen.

In den in §§ 121 und 122 vorgesehenen Fällen muss nach § 123 auch die Anhörung des Gemeinschuldners stattfinden. Die Vorschriften dieses §, wie die der §§ 121 und 122, wirken übrigens, wie sich aus § 124 ergibt, nicht nach Aussen. Dritten Personen gegenüber bleiben die Rechtshandlungen des Verwalters auch dann in Kraft und begründen sonach auch dann einen Masseanspruch (§ 52 Nr. 1), wenn die Bestimmungen der betreffenden Vorschriften verletzt wurden. Nur kann in solchen Fällen gegen den Verwalter auf dem Disziplinarwege vorgegangen und derselbe ausserdem für entstandenen Schaden verantwortlich gemacht werden. (§§ 74—76.) Die Vorschrift des § 124 wurde in den Motiven (356) in folgender Weise begründet: „Der Verwalter ist nach aussen der gesetzliche Disponent. (§ 5.) Erregt schon jede gesetzliche Einschränkung eines vertragsmässigen Disponenten, Prokuristen, Liquidators u. s. w. dem Publikum gegenüber Bedenken, so steigern sich dieselben bei einer gesetzlichen Stellvertretung. Unmöglich aber kann dem Publikum die Prüfung zugemuthet werden, ob ein Gläubigerausschuss bestellt, ob vorschriftsmässig die Gläubigerversammlung berufen, ob ordnungsmässig der Beschluss des Ausschusses oder der Versammlung zu Stande gekommen, in welcher Lage der Konkurs sich befindet, welche Gründe zu einem Verkaufe drängen, ob das in Rede stehende Rechtsgeschäft zu der einen oder zu der anderen oder zu keiner der beiden Kategorien zu rechnen ist u. s. w. Die §§ 121, 122 sind nur Kautelen für den inneren Geschäftsgang." Im Entwurf hatte der jetzige § 123 die Nr. 125 und der jetzige § 124 die Nr. 123. Die Stellung der §§ und die Fassung des § 124 wurde geändert, um es ausser Zweifel zu stellen, dass auch die Unterlassung der Anhörung des Gemeinschuldners, welche lediglich zu dessen Schutz vorgeschrieben ist, nur die Verantwortlichkeit des Verwalters erhöht, aber ebensowenig wie der Widerspruch des Gemeinschuldners die Gültigkeit der vom Verwalter vorgenommenen Rechtshandlung beeinträchtigen kann. (M.: 357; K.: 170, 171.)

II.

Rechtsgeschäfte, bezüglich deren nur die Genehmigung des Gläubigerausschusses einzuholen ist.

(§ 121.)

1.

Die Vorschrift des § kommt sowohl dann zur Anwendung, wenn ein Gläubigerausschuss einstweilen durch das Gericht bestellt, als wenn ein solcher durch die Gläubigerversammlung gewählt worden ist. Besteht ein Gläubigerausschuss nicht, so bedarf der Verwalter keinerlei Genehmigung, sondern hat in den unter den § gehörigen Fällen nach eigenem Ermessen zu handeln. Dass die Genehmigung auch

[1]) V. von Völderndorff §§ 121 ff. Bem. c. II. Bd. II. S. 276.

in allgemeiner Weise ertheilt und in dringenden Fällen nachgeholt werden kann, wurde bereits früher bemerkt. (Bem. I.) Solange die in Frage stehende Handlung noch nicht vorgenommen worden ist, wird übrigens die Genehmigung vom Gläubigerausschuss zurückgezogen werden können. [1])

2.

„Die Nummer 1 des § 121 will den Gläubigern den Einfluss darauf sichern, dass der Verwalter nicht ohne treibende Veranlassung die Masse vorschnell realisirt, und dadurch einer den Gläubigern günstigen Erledigung des Konkurses durch Zwangsvergleich vorgreift.“ (M.: 354; v. auch Vorbem. 3.) Ob der Verkauf „ohne offenbaren Nachtheil für die Masse“ ausgesetzt werden kann, ist im einzelnen Falle nach den Umständen zu entscheiden. Ohne Weiteres gestattet ist der Verkauf solcher Sachen, welche dem Verderben oder einer Entwerthung ausgesetzt sind, oder deren Aufbewahrung unverhältnissmässige Kosten verursacht. Zu den Verkäufen, welche „durch die Fortführung des Geschäfts veranlasst“ werden, gehören nur solche, welche der gewöhnliche Geschäftsbetrieb mit sich bringt; es ist dem Verwalter sonach nicht ohne Weiteres ein „Ausverkauf“ gestattet. [2])

3.

In den unter Nr. 2 gehörigen Fällen tritt die Beschränkung des Verwalters nur dann ein, wenn es sich um einen Gegenstand von mehr als dreihundert Mark handelt. Bezüglich der einzelnen Rechtsgeschäfte ist noch Folgendes zu bemerken:

a.

Der Verwalter bedarf der Genehmigung nur dann, wenn er auf Grund des Gesetzes (§§ 15 ff.) die Erfüllung von Rechtsgeschäften verlangen will, die an sich nicht erfüllt zu werden brauchen, und deren Erfüllung eine Masseschuld begründet (§ 52 Nr. 2), nicht aber dann, wenn er die Absicht hat, den Vertrag als aufgelöst zu behandeln oder zu kündigen, und desshalb von der Erfüllung absieht. (V. Bem. I. zu § 15.) [3])

b.

„Unter den Prozessen sind nur solche zu verstehen, welche die Aktivmasse betreffen. Die Ablehnung der Aufnahme eines schwebenden Prozesses bedeutet entweder nach § 8 die Aufgabe der von dem Gemeinschuldner erlangten Prozessrechte für die Masse oder nach § 9 ein Anerkenntniss des Anspruchs des klagenden Prozessgegners. In beiden Fällen steht eine Schmälerung der Aktivmasse in Frage. Eine solche liegt gleichfalls in Kompromissen und Vergleichen, in der Einlösung von Pfandstücken, sowie in der Anerkennung von Absonderungs-, Aussonderungs- oder Masseansprüchen.“ (M.: 354.) Desshalb bedarf auch hiezu der Verwalter einer Genehmigung. Eine solche ist dagegen

[1]) V. Hullmann § 124 Bem. 4 S. 266.
[2]) V. von Völderndorff §§ 121 ff. Bem. e. Bd. II. S. 277.
[3]) V. von Völderndorff §§ 121 ff. Bem. i. Bd. II. S. 278 ff.

nicht erforderlich, wenn der Verwalter nicht einen Prozess anhängig machen, sondern die Einleitung unterlassen will, oder wenn er einen auf die Aktivmasse bezüglichen Prozess (Bem. I. 2 zu §§ 8 ff.), in welchem der Gemeinschuldner Beklagter ist, einfach fortsetzt. Auch zur Erhebung einer Widerklage in einem solchen Prozess wird der Verwalter einer Genehmigung nicht bedürfen, da durch dieselbe nicht ein Prozess, sondern nur ein Anspruch anhängig gemacht wird, also der Wortlaut des Gesetzes nicht zutrifft, ausserdem die Widerklage auch als Vertheidigungsmittel dient und dem Verwalter, wenn er doch einmal in einen Prozess verwickelt ist, das Recht zustehen muss, alle ihm zustehenden Angriffs- und Vertheidigungsmittel in demselben geltend zu machen.[1]) Auch in solchen Fällen, in welchen eine Genehmigung streng genommen nicht erforderlich ist, kann übrigens der Verwalter die Ansicht des Gläubigerausschusses einholen, der ihn nach § 80 in seiner Geschäftsführung zu unterstützen hat, und er wird wohl daran thun, in zweifelhaften Fällen von dieser Befugniss Gebrauch zu machen.

c.

Dass zur Einlösung eines Pfandstücks (Bem. II. 3 zu § 3) die Genehmigung verlangt wurde, ist selbstverständlich, da es sich hiebei nicht bloss um die Anerkennung eines Absonderungsanspruchs, sondern ausserdem noch um Uebernahme einer Verpflichtung für die Masse handelt, für welche unter Umständen der Erlös aus dem Pfandstück einen genügenden Ersatz nicht liefert. Bezüglich des Verkaufs ausstehender Forderungen wurde in den Motiven (354, 355) bemerkt: „Darunter fällt zwar nicht eine nach der Art des Geschäftsverkehrs übliche Verwerthung durch Weiterbegebung; es ist vielmehr eine von der gewöhnlichen Verwerthung und Einziehung abweichende Art der Verwerthung gemeint, soll aber in dieser Beziehung sowohl einen freihändigen als einen meistbietenden Verkauf umfassen. Diese aussergewöhnliche Art der Verwerthung behandeln die meisten Konkursgesetze im Abschnitt von der Beendigung des Konkurses mit besonderer Beziehung auf die bis dahin unrealisirbar gebliebenen Aktiva und in Verbindung mit Spezialbestimmungen über die Zulässigkeit einer Ueberweisung derselben an einzelne Gläubiger. Mehrere Gesetze machen den Verkauf von einer Beschlussfassung der alsdann noch interessirten Gläubiger abhängig; einige gestatten ihn nur innerhalb des Kreises dieser Gläubiger. Die K.-O. geht davon aus, dass die Ueberweisung von Forderungen an einzelne Gläubiger immer nur Gegenstand freier Uebereinkunft sein kann und daher gesetzlicher Regelung nicht bedarf, dass aber die Nothwendigkeit oder Zweckmässigkeit eines Verkaufs ausstehender Forderungen vielfach bereits in den früheren Stadien des Verfahrens hervortritt und desshalb kein Grund vorliegt, denselben bis zum Abschluss des Verfahrens hinauszuschieben oder in anderer Richtung dem Befinden des Verwalters und des Gläubigerausschusses über die zu ergreifenden Massregeln Schranken zu setzen. Die Ausschliessung der Gewährleistung der Gläubiger für die Richtigkeit und Sicherheit der verkauften Forde-

[1]) A. M. ist von Sarwey § 121 Bem. 5 S. 544.

rung (pr. K.-O. § 274) brauchte nicht durch das Gesetz statuirt zu werden; sie gehört in die Verkaufsbedingungen."

III.

Rechtsgeschäfte, hinsichtlich deren die Genehmigung des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung erforderlich ist.

(§ 122.)

1.

Bezüglich der Vorschrift der Nr. 1 wurde in den Motiven bemerkt: „Besteht eine Forderung in fortlaufenden Bezügen, so wird es zunächst in Frage kommen, ob auch die nach der Konkurseröffnung fällig werdenden Bezüge zu dem von dem Gemeinschuldner bereits erworbenen Vermögen und daher nach § 1 zur Konkursmasse gehören. Insoweit dies der Fall und das Bezugsrecht nicht unlösbar an die Person des Gemeinschuldners geknüpft ist,[1]) muss eine Verwerthung des Bezugsrechts durch Veräusserung für zulässig erachtet werden. Die Veräusserung eines solchen Bezugsrechts greift aber noch tiefer als die einer anderen Forderung in die Verhältnisse ein und sie wird nie durch dringende Eile geboten sein, desshalb rechnet sie die K.-O. zur zweiten Kategorie. Mit ihr stellt die Nr. 1 des § 122 zwei andere Fälle ausserordentlicher Veräusserung zusammen, die Fälle, dass ein unbeweglicher Gegenstand aus freier Hand, also nicht in den Formen einer Zwangsversteigerung, und dass ein Geschäft des Gemeinschuldners nicht durch Ausverkauf oder Verwerthung im Einzelnen, sondern im Ganzen veräussert werden soll." (M.: 355.) Soweit es sich um die Veräusserung eines Bezugsrechts oder eines Geschäfts im Ganzen handelt, muss die Genehmigung zur Veräusserung unter allen Umständen eingeholt werden, auch wenn diese in der Form der Versteigerung stattfinden soll. Dagegen bedarf es der Genehmigung zur Veräusserung von unbeweglichen Sachen nur dann, wenn das betr. Grundstück mit Umgehung der öffentlichen Versteigerung aus freier Hand veräussert werden soll. Aus der obigen Bemerkung in den Motiven darf übrigens keineswegs geschlossen werden, dass der Verwalter, wenn ihm das Recht zur Veräusserung aus freier Hand versagt wird, genöthigt ist, gemäss § 116 ein Zwangsvollstreckungsverfahren einzuleiten. Es soll damit offenbar nur gesagt werden, dass die Veräusserung in der Regel in der Form der Versteigerung und zwar in derselben Form erfolgen soll, welche im Vollstreckungsverfahren als Regel vorgeschrieben ist. Jedenfalls verträgt sich eine andere Auffassung nicht mit dem Gesetze. Die Veräusserung „aus freier Hand" bildet nach dem allgemeinen Sprachgebrauch, der auch in den Motiven festgehalten ist (Bem. II. 3. c.), nicht den Gegensatz zum Zwangsvollstreckungsverfahren, sondern zur öffentlichen Versteigerung, bei welcher die Sache dem Meistbietenden zugeschlagen wird. Auch hätte es, wenn Absonderungsansprüche nicht bestehen, gar keinen Sinn, den Verwalter zur Betreibung einer Zwangsversteigerung vor dem Vollstreckungsgericht zu nöthigen, zumal eine Vertheilung des Erlöses in einem solchen Falle doch nicht, wie es § 119 vorsieht, vor dem Vollstreckungsgericht erfolgen kann.

[1]) V. hiezu Bem. III. zu § 1.

sondern derselbe zur Konkursmasse fliessen und mit dieser vertheilt werden muss. (Bem. 3 zu §§ 116 ff.)[1])

2.

Hinsichlich der in § 122 Nr. 2 enthaltenen Vorschriften ist Folgendes zu bemerken:

a.

Dass zu einer Aufgabe von Erbschaften oder Vermächtnissen, soweit solche nach § 1 in die Konkursmasse fallen, die Genehmigung der Gläubiger verlangt wird, liegt in der Natur der Sache, da durch dieselbe der Bestand der Aktivmasse geschmälert werden kann. „Für eine Antretung oder einen Erwerb die Genehmigung zu fordern wäre mit den Grundsätzen und Fristen der erbrechtlichen Systeme nicht immer vereinbar und war auch thatsächlich nicht geboten, weil dem Verwalter unter allen Umständen obliegt, die Rechtswohlthat des Inventars zu wahren.“ (M.: 355.) Bezüglich der Frage, wann eine Erbschaft in die Konkursmasse fällt, ist auf die Bem. III. 3 zu § 1 zu verweisen. In der Reichstagskommission (170) bemerkte Regierungsrath Hagens: „Die K.-O. setze voraus, dass der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung ein Recht auf die Erbschaft schon erworben habe, überlasse aber die Frage, ob und inwieweit schon die Delation ein solches Recht begründe, dem bürgerlichen Recht. Uebrigens habe auch für das gemeine Recht das O.-A.-G. in Celle entschieden, dass die Delation ein Recht gebe auf den Erwerb, auch wenn dieser selbst noch nicht vorgenommen sei.“

b.

In § 122 Nr. 2 werden einige Fälle der Eingehung neuer Verbindlichkeiten hervorgehoben, deren Statthaftigkeit sich aus § 5 (Bem. II. 3 zu diesem §) ergibt. Zur Eingehung derartiger Verpflichtungen, zu welcher auch die Uebernahme fremder Verbindlichkeiten zu rechnen ist, wird, ohne dass es auf die Höhe des Schuldbetrags ankommt, stets die Genehmigung der Gläubiger erfordert.

„Eine Erstehung von Grundstücken kann vornehmlich zur Rettung der für den Gemeinschuldner eingetragenen Hypotheken nothwendig werden. In Preussen sind für Konkursmassen empfindliche Verluste dadurch entstanden, dass die Praxis des obersten Gerichtshofs in solchen Fällen dem Verwalter die Befugniss absprach, als Bieter aufzutreten. (V. Erk. des preuss. Obertrib. vom 19. Juni 1865 in Striethorst's Archiv Bd. 57 S. 362.) Besteht das Geschäft des Gemeinschuldners in einer Vermittelung des Realkredits oder besteht sonst das Vermögen desselben wesentlich aus Hypotheken, so würde dieser Grundsatz zu einer Preisgebung der Konkursmasse führen.“ (M.: 356.)

IV.
Anhörung des Gemeinschuldners.
(§ 123.)

In allen in den §§ 121 und 122 aufgezählten Fällen muss dem Gemeinschuldner, welchem die Handlungen des Verwalters unter Umständen grossen

[1]) A. M. ist von Sarwey, der (§ 116 Bem. 4 S. 532 ff.) die Ansicht ausspricht, der Verwalter müsse die Zwangsvollstreckung betreiben, wenn die Genehmigung zum Verkauf aus freier Hand verweigert werde.

Nachtheil bringen können, mit Rücksicht auf die Wichtigkeit und Ungewöhnlichkeit der Rechtsgeschäfte Gelegenheit gegeben werden, bezüglich der Vornahme derselben seine Ansicht zu äussern und zur Kenntniss des Verwalters und des Gläubigerausschusses zu bringen. Auch soll demselben, wenn seine Bedenken hier nicht berücksichtigt werden, das Recht zustehen, eine Entscheidung der Gläubigerversammlung zu veranlassen, sofern das Gericht auf diesen Antrag eingeht. „Die weitere zum Schutze der Gläubiger dienende Befugniss des Gerichts aus § 91 bleibt hiedurch unberührt. Bezüglich der Anwendung des § 134 auf die Fälle der Zuwiderhandlung gegen diese Vorschrift ist Bem. I. zu vergleichen."

§ 125.

Wenn ein Gläubigerausschuss bestellt ist, und die Gläubigerversammlung nicht ein Anderes beschliesst, bedürfen Quittungen des Verwalters über den Empfang von Geldern, Werthpapieren oder Kostbarkeiten von der Hinterlegungsstelle und Anweisungen des Verwalters auf die Hinterlegungsstelle zu ihrer Gültigkeit der Mitzeichnung eines Mitgliedes des Gläubigerausschusses.

(E.: § 124. M.: 353. K.: 88.)

Während im Allgemeinen die Quittungen des Verwalters den Zahlenden vollkommen sicher stellen, bedarf es in den im § vorgesehenen Fällen, wenn ein Gläubigerausschuss bestellt ist, zur Gültigkeit der Quittung der Mitunterzeichnung durch ein Mitglied des Gläubigerausschusses. „Enthalten sich die Gläubiger der Bestellung eines Ausschusses, so verzichten sie zugleich auf die Garantie." (M.: 353.) Aber auch wenn ein solcher bestellt ist, kann die Gläubigerversammlung den Verwalter von der Verpflichtung, die Quittung mitunterzeichnen zu lassen, entbinden. „Die Hinterlegungsstelle oder wer eine Anweisung annimmt, wird sich daher entweder der Unterschrift des Gläubigerausschusses oder des Nachweises zu versichern haben, dass von den Gläubigern ein Dispens beschlossen oder ein Ausschuss nicht bestellt ist." (M.: 353.) In der Reichstagskommission wurde die Streichung des § beantragt, weil derselbe die Rechte gutgläubiger Dritter, welche Zahlung geleistet hätten, verletze und dem Prinzip des § 124 widerspreche. Derselbe wurde aber diesem Antrag entgegen angenommen, nachdem Regierungsrath Hagens bemerkt hatte: „Der § beziehe sich nicht auf den Verkehr des Verwalters mit dem Publikum, sondern nur auf den des Verwalters mit der Hinterlegungsstelle. Da die gerichtliche Hinterlegung des Verwalters nicht obligatorisch sei, bedürfe es einer solchen Garantie, der Möglichkeit der Kontrole des Verwalters." Dass die Vorschrift des § auch dann zur Anwendung kommt, wenn die Hinterlegung nicht bei Gericht oder bei einer öffentlichen Kasse, sondern bei einer Bank oder bei einem Privatmann stattgefunden hat, ist unzweifelhaft. (Bem. 3 zu §§ 118 ff.) Welches Mitglied die Quittungen des Ver-

walters zu unterzeichnen hat, ist vom Gläubigerausschuss zu bestimmen. Wenn ein anderes als das hiezu bezeichnete Mitglied die Unterzeichnung vorgenommen hat, ist die Quittung gültig und kann nur im Falle eines Schadens das ohne Auftrag unterzeichnende Mitglied unter Umständen für denselben verantwortlich gemacht werden. Unter den im Gesetz erwähnten „Anweisungen" sind bloss kaufmännische Anweisungen, nicht aber Wechsel zu verstehen. Wenn der Verwalter auf die Hinterlegungsstelle einen Wechsel zieht, kommt also § 125 nicht zur Anwendung. [1])

Vierter Titel.

Schuldenmasse.

(§§ 126—136.)

Vorbemerkungen.

1.

Der vierte Titel handelt von der Feststellung der Schuldenmasse. Da der Konkurs nach der K.-O. nicht als ein Prozess, sondern als ein unter gerichtlicher Mitwirkung sich vollziehendes Liquidationsverfahren erscheint (Bem. 1 zu § 65), so musste sich diese Feststellung ganz anders gestalten, als es im gemeinen Recht geschehen war. „Für die herkömmliche sogenannte Konstituirung der Passivmasse (Schuldenmasse) konnte die Rückkehr zu dem allgemeinrechtlichen Präklusions- und Klassifikationsverfahren nicht in Frage kommen. Ein Recht der diligenten Gläubiger auf absolute Ausschliessung der säumigen ist nicht zu begründen; sie können nur beanspruchen, dass dasjenige, was im Konkurse bereits endgültig festgestellt, beschlossen oder ausgeführt ist, nicht durch die nachträglich hinzutretenden Gläubiger angefochten oder in Frage gestellt werde, und dass die Kosten verspäteter Anmeldungen nicht der Konkursmasse zur Last fallen. Vom Gesichtspunkte der Zweckmässigkeit aus betrachtet haben aber auch die durch die Präklusion erstrebten Vortheile sich als illusorisch erwiesen gegenüber der fast schrankenlosen Zulassung von Restitutionen, zu der man sich genöthigt gesehen hat, um die unerträglichen Härten des Prinzips zu mildern. Im Grossen und Ganzen haben sich die von der pr. K.-O. in Anlehnung an das französische Recht, jedoch unter wesentlicher Verbesserung desselben, im Einzelnen aufgestellten Grundsätze über die Anmeldung, Prüfung und Feststellung der Konkursforderungen vorzüglich bewährt, und nicht mit Unrecht sind die betreffenden Abschnitte als die Glanzpunkte dieses Gesetzes bezeichnet worden. Die K.-O. folgt derselben im Wesentlichen und war nur bestrebt, einmal dem Verfahren eine noch grössere Beschleunigung und Einfachheit zu geben, sodann dasselbe so zu konstruiren, dass dadurch sowohl für alle späteren Verhandlungen im Konkurse, als auch unter Umständen über den Konkurs hinaus für die Verfolgung der Ausfälle gegen den gewesenen Gemeinschuldner eine judikatmässig feste und leicht übersichtliche Grundlage gewonnen werde." (M.: 357.)

[1]) V. auch von Sarwey § 125 Bem. 5 S. 552, 553.

2.

In den §§ 126—128 wird von der Anmeldung der Forderungen, in den §§ 129—133 vom Prüfungstermin und der die Ergebnisse desselben zusammenfassenden Tabelle gehandelt, während die §§ 134—136 sich mit der gerichtlichen Feststellung der streitig gebliebenen Forderungen (den Spezialprozessen) beschäftigen. In der Reichstagskommission gab Regierungsrath Hagens auf den Wunsch des Abg. Websky folgende allgemeine Erläuterung über das zu erwartende Verfahren: „Nach der K.-O. solle sogleich bei der Konkurseröffnung eine Anmeldefrist und weiter ein Prüfungstermin festgesetzt werden. In diesem Termine werden alle bis zum Ablauf der Anmeldefrist angemeldeten und, sofern dagegen nichts eingewendet werde, auch die nachträglich angemeldeten Forderungen geprüft. Werde die Forderung anerkannt, so gelte sie als festgestellt. Werde sie vom Konkursverwalter oder von einem Konkursgläubiger bestritten und werde der erhobene Widerspruch nicht durch Erörterungen oder Erhebungen beseitigt, so gelte sie als streitig. Dann werde noch im Termine über das Stimmrecht der Forderung verhandelt. (§ 87 Abs. 1.) Im Uebrigen bleibe alles Weitere den Betheiligten überlassen. In der Regel sei es Sache des Gläubigers, den Widerspruch zu beseitigen und die Feststellung der Forderung zu erwirken, entweder durch Aufnahme des durch die Konkurseröffnung unterbrochenen Prozesses oder durch Erhebung einer Feststellungsklage. Diese Prozesse haben aber mit dem Konkursverfahren nichts zu thun, seien nicht als Bestandtheile desselben anzusehen. Von jeder stattfindenden Vertheilung lasse die K.-O. die Gläubiger einige Zeit vorher benachrichtigen, um den Inhabern streitiger Forderungen Zeit zur Ueberlegung zu lassen, ob sie noch vor der Vertheilung den Prozess aufnehmen, beziehungsweise anstellen wollen. Sei das Eine oder Andere geschehen, so werde ihre Dividende zurückbehalten. Andernfalls werden sie bei der betreffenden Vertheilung nicht berücksichtigt." (K.: 90.)

§ 126.

Die Frist zur Anmeldung der Konkursforderungen beträgt drei Wochen bis drei Monate. Der Zeitraum zwischen dem Ablaufe der Anmeldefrist und dem allgemeinen Prüfungstermine soll mindestens eine Woche und höchstens zwei Monate betragen.

§ 127.

Die Anmeldung hat die Angabe des Betrages und des Grundes der Forderung sowie des beanspruchten Vorrechts zu enthalten. Sie kann bei dem Gerichte schriftlich eingereicht oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers angebracht werden. Die urkundlichen Beweisstücke oder eine Abschrift derselben sind beizufügen.

§ 128.

Die Anmeldungen sind in der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Betheiligten niederzulegen.

Der Gerichtsschreiber hat jede Forderung sofort nach der Anmeldung derselben in der Rangordnung des beanspruchten Vorrechts in eine Tabelle einzutragen, welche innerhalb des ersten Drittheils des zwischen dem Ablaufe der Anmeldefrist und dem Prüfungstermine liegenden Zeitraums auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Betheiligten niederzulegen und abschriftlich dem Verwalter mitzutheilen ist.

(E.: §§ 126—128. M.: 358—361. K.: 90. 91. 171. 172; pr. K.-O. §§ 164—170.)

I.
Anmeldefrist.
(§ 126.)

Die K.-O. kennt keine Anmeldetermine, sondern nur eine Anmeldefrist und einen allgemeinen Prüfungstermin, welche sofort bei der Konkurseröffnung zu bestimmen sind. (§ 102.) Nach dem Entwurf sollte die Anmeldefrist einen bis drei Monate betragen und der Prüfungstermin nicht über zwei Monate nach dem Ablauf derselben hinaus anberaumt werden. Von der Reichstagskommission wurde aber die Fassung geändert, um die in § 102 vorgesehene Verbindung des Prüfungstermins mit dem Wahltermin zu erleichtern. (K.: 171, 172.) Von einer längeren Anmeldefrist oder der Anberaumung einer zweiten Frist dieser Art, welche häufig zu Verzögerungen der Anmeldung missbraucht werde, wurde abgesehen, weil die festgesetzte Frist für die weitaus überwiegende Mehrzahl aller Gläubiger genüge, für die in Ostasien oder Australien u. s. w. wohnenden aber ohne schwere Benachtheiligung der Gesammtheit nicht gesorgt werden könne, dieselben vielmehr im Voraus für eine Vertretung in Deutschland sorgen müssten. Dass eine Benachtheiligung solcher Gläubiger nicht leicht erfolgen könne, wurde in den Motiven unter Verweisung auf die Fristen für den Abschluss eines Akkords und für die Vornahme einer Vertheilung, welche thatsächlich eine Verlängerung der Anmeldefrist enthielten, hervorgehoben. (M.: 358, 359.) Die Anmeldefrist ist gemäss der Vorschrift der §§ 102 und 103 öffentlich bekannt zu machen, und es läuft die Frist von dem Tag an, an welchem die Bekanntmachung als bewirkt gilt. Es kommt also bezüglich der Berechnung die Vorschrift des § 68 Abs. 1 zur Anwendung. [1]) Sollte der Zeitraum zwischen dem Ablauf der An-

[1]) V. von Sarwey § 126 Bem. 2 S. 555; von Wilmowski ebendas. Bem. 3 S. 256; Wengler ebendas. Bem. 4 S. 534; A. M. ist von Völderndorff (§ 126 Bem. c. Bd. II. S. 304, 305), welcher die Anwendung des § 68 ausschliesst und annimmt, es sei das Datum der nach § 102 erfolgenden Festsetzung massgebend.

meldefrist und dem Prüfungstermine der Vorschrift des Gesetzes nicht entsprechen, so würde diese Ordnungswidrigkeit übrigens die Gültigkeit des Verfahrens nicht beeinträchtigen („soll“).

II.

Form und Inhalt der Anmeldung.

(§ 127.)

1.

„Die Anmeldung ist an keine bestimmte Form gebunden. Sie kann in Gemässheit der für das amtsgerichtliche Verfahren geltenden Regel (§ 457 C.-P.-O.) schriftlich (ohne Anwaltszwang) oder durch Erklärung zum Protokoll des Gerichtsschreibers geschehen; immer aber gilt sie als bewirkt erst mit dem Augenblick ihrer Niederlegung oder Protokollirung bei Gericht. Diese war der Einreichung an den Verwalter schon mit Rücksicht auf die Bestimmungen der K.-O. über die Unterbrechung der Verjährung vorzuziehen, deren Zeitpunkt einer zuverlässigen und beweisenden Fixirung bedarf; überdies hätte man den anmeldenden Gläubigern jedenfalls die Hinterlegung der Beweisstücke auf der Gerichtskanzlei gestatten müssen, da ihnen die Aushändigung an den Verwalter nicht zugemuthet werden konnte. Die Beifügung der urkundlichen Beweisstücke oder einer Abschrift derselben verlangt das Gesetz in Anlehnung an den § 122 C.-P.-O.“ (M.: 359.) Was die Zeit der Anmeldung anbelangt, so kann dieselbe unmittelbar nach der Konkurseröffnung erfolgen. Dagegen hat der Gerichtsschreiber eine Anmeldung, welche schon vor der Konkurseröffnung, wenn auch nach dem Eröffnungsantrag erfolgt, nicht zu berücksichtigen, und muss eine solche nach der wirklichen Eröffnung des Verfahrens wiederholt werden. [1])

2.

„Als wesentlich für den Inhalt der Anmeldung bezeichnet § 127 nur die Angabe des Betrages und Schuldgrundes der Forderung und des beanspruchten Vorrechts, im Uebrigen finden analog die Vorschriften der C.-P.-O. (§ 121 Nr. 1, 4, 5) über die Erfordernisse des vorbereitenden Schriftsatzes Anwendung. Die Angabe des Schuldgrundes ist nothwendig zur Feststellung der Identität der Forderung und wegen der Unzulässigkeit einer Veränderung des Fundaments bei der prozessualischen Verfolgung eines bestrittenen Anspruchs (§ 134 Abs. 4); sie ist auch für die Frage der Unterbrechung der Verjährung von Bedeutung. Die nachträgliche Aenderung des Schuldgrundes steht einer neuen Anmeldung gleich. Bei der Angabe des Betrages sind die materiellen Vorschriften des ersten Buchs zu beachten, nach welchen jede Konkursforderung nur in einer bestimmten Geldsumme und zwar nach der Reichswährung geltend gemacht werden kann (§ 62.) Es wird möglichst darauf zu halten sein, dass die mit dem Kapital gleichberechtigten Nebenforderungen an Zinsen und Kosten (§ 55) sofort von dem Anmeldenden berechnet und dem

[1]) V. von Sarwey § 127 Bem. 1 S. 557; von Völderndorff § 126 Bem. c. Bd. II. S. 305, 306.

Kapital zugesetzt werden. Dass von dem Gläubiger ein Vorrecht gleichfalls ausdrücklich angemeldet werden muss, ergibt sich daraus dass von Amtswegen Vorrechte nicht berücksichtigt werden." (M.: 359, 360.) Enthält eine Anmeldung wesentliche Mängel, so ist derselben die im Gesetz vorgeschriebene Folge nicht zu geben, d. h. sie ist in die im § 128 vorgesehene Tabelle nicht einzutragen. Es wird jedoch dem Gläubiger mitzutheilen sein, in welchen Punkten die Anmeldung einer Vervollständigung oder Ergänzung bedarf. [1])

Die pr. K.-O. bestimmt in § 179, dass jeder Gläubiger, welcher nicht im Bezirke des Konkursgerichtes wohne, bei der Anmeldung einen am Gerichtssitz wohnenden Zustellungsbevollmächtigten zu bestellen habe. Eine solche Vorschrift enthält die K.-O. nicht und es werden auch die §§ 160, 161 C.-P.-O. hier nicht ohne Weiteres zur Anwendung zu bringen sein. Soweit es sich um persönliche Zustellungen ohne gleichzeitige öffentliche Bekanntmachung handelt, wird jedoch der Gläubiger unter den Voraussetzungen jener §§ zur Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten verpflichtet und, wenn diese unterlassen wird, die Zustellung durch Aufgabe zur Post gerechtfertigt sein. [2])

III.
Niederlegung der Anmeldungen. — Eintragung in die Tabelle.
(§ 128.)

1.

Die in Abs. 2 des § vorgesehene Tabelle ist, wie in den Motiven (360) hervorgehoben wurde, bestimmt, „als urkundliche Basis für das ganze weitere Verfahren zu dienen und namentlich auch einen besonderen Theilungsplan überflüssig zu machen"; es muss also bei Anfertigung derselben mit grösster Sorgfalt verfahren werden. „Die K.-O. schreibt ein Formular nicht vor; dasselbe ergibt sich von selbst aus den verschiedenartigen Zwecken der Tabelle. Das bewährte, auch in Oesterreich adoptirte Formular der preussischen Instruktion vom 6. August 1855 enthält in zwei Hauptabtheilungen, deren erste die bevorrechtigten, die andere die nichtbevorrechtigten Gläubiger enthalten soll, folgende Rubriken:

1. Laufende Nummer;
2. Stand, Name und Wohnort des Gläubigers;
3. Bezeichnung des Bevollmächtigten und Hinweis auf die Vollmacht desselben;

[1]) In der preussischen Instruktion vom 6. Aug. 1855 war in § 23 gesagt: „Der Kommissär hat zu prüfen, ob die Anmeldung den gesetzlichen Erfordernissen entspricht. Ist dies der Fall, so lässt er Abschrift der Anmeldung dem Verwalter der Masse unverzüglich mittheilen. — Hat die Anmeldung materielle Mängel, so findet zwar gleichfalls die Mittheilung an den Verwalter statt; der Kommissär hat jedoch zugleich dem Gläubiger durch Abschrift der Verfügung bemerklich zu machen, in welchen Punkten die Anmeldung der Ergänzung bedarf." Eine solche Mittheilung ist jedenfalls erforderlich. V. auch von Sarwey § 127 Bem. 1 S. 537; von Völderndorff ebendas. Bem. d. Bd. II. S. 309 ff.

[2]) V. auch Hullmann § 127 Bem. 2 S. 270.

4. Tag des Eingangs, der Bewirkung der Anmeldung;

5. angemeldeter Betrag;

6. Bezeichnung des Rechtsgrundes (Schuldgrundes) der Forderung und Angabe der Beweisurkunden;

7. beanspruchtes Vorrecht;

8. Resultat der Prüfungsverhandlung;

9. Bemerkungen.“ (M.: 360). In die letzte Rubrik gehört Alles, was in keiner der anderen Rubriken einen geeigneten Platz findet, so namentlich, ob wegen einer Forderung zugleich ein Absonderungsrecht beansprucht, oder dieselbe als bedingt angemeldet wird u. s. w. Auch sind in derselben, soweit nicht die Nr. 8 hiezu bestimmt ist, die von dem Gemeinschuldner abgegebenen Erklärungen (§ 129), die Festsetzungen über das Stimmrecht streitig gebliebener Forderungen (§ 87) und die Umstände, welche eine Zurückhaltung der Antheile bedingen, zu vermerken. (V. auch Bem. II. 3 zu §§ 129 ff.) [1])

2.

„Die Offenlegung sämmtlicher Anmeldungen und nach Ablauf der Anmeldefrist auch der Tabelle ermöglicht es allen Betheiligten, die Richtigkeit der Eintragungen zu kontroliren und sich betreffs jeder Anmeldung zu dem Prüfungstermin vorzubereiten. Mit Rücksicht darauf schreibt die K.-O. die abschriftliche Mittheilung der Tabelle an den Verwalter und für die Mittheilung und die Offenlegung eine Frist vor, deren Nichtbeachtung dem Verwalter und den Konkursgläubigern das Recht geben würde, auf Kosten des säumigen Gerichtsschreibers die Vertagung des Prüfungstermins zu verlangen. Eine Vorschrift, nach welcher dem Verwalter auch die Anmeldungen abschriftlich mitgetheilt werden müssten, und dieser verpflichtet sein sollte, über die Anmeldungen vor dem Prüfungstermin eine schriftliche Erklärung abzugeben (pr. K.-O. § 170), wurde in den Motiven für überflüssig erklärt und wurde in dieser Beziehung bemerkt: „In der Regel haben diese Mittheilungen und Erklärungen sich als unnütz erwiesen und durch das Schreibwerk unverhältnissmässigen Kosten- und Zeitaufwand verursacht. Die unzweifelhafte Befugniss des Verwalters, auf Kosten der Masse von einzelnen Anmeldungen Abschrift zu nehmen oder zu erfordern, genügt vollkommen. Vorherige Erklärungen des Verwalters sind unzweckmässig. Ausser dem letzteren kann jeder Gläubiger die angemeldete Forderung bestreiten, und auch der Verwalter dürfte in keiner Weise gehindert oder nur gehemmt werden, seine vor dem Prüfungstermin abgegebene Erklärung in demselben zu ändern. Die Anmeldung selbst kann wohl mit einem vorbereitenden Schriftsatze verglichen werden; im Uebrigen fehlt aber der Boden zu einer Anwendung der auf diese bezüglichen Vorschriften der C.-P.-O., denn der Prüfungstermin ist keine mündliche Prozessverhandlung im Sinne derselben. Weder ein Rechtsstreit, noch Parteien sind vor dem Termine vorhanden, noch soll in diesem der Richter eine Entscheidung über den Anspruch fällen.“ (M.: 360, 361.) In der Reichstagskommission (90, 91) wurden zwar Bedenken dagegen erhoben, dass dem

[1]) V. Hullmann § 128 Bem. 2 S. 271; von Wilmowski ebendas. Bem. S. 258.

Verwalter nicht einmal eine Abschrift der Anmeldungen zugehen solle. Die Vorschriften des Entwurfs wurden jedoch unverändert angenommen, nachdem Regierungsrath Hagens bemerkt hatte: „Die Anmeldung müsse ausser dem Betrage und einem etwaigen besonderen Vorrecht auch den Grund der Forderung angeben. Derselbe werde in die Tabelle eingetragen, von welcher dem Verwalter Abschrift zugehe. Der etwaige weitere Inhalt der Anmeldung sei nicht bindend; der Betreffende könne denselben später modifiziren, auch ganz von ihm abgehen; desshalb würde auch die Mittheilung an den Verwalter nicht ausreichen. Dieser habe ausreichend Gelegenheit, sich beim Gemeinschuldner durch Einsicht der Bücher oder auf andere Weise zu informiren, könne sich übrigens, sofern es im einzelnen Falle nöthig sei, Abschrift auf Kosten der Masse erfordern." Zu den Betheiligten, welche zur Einsichtnahme der Anmeldungen berechtigt sind, muss auch der Gemeinschuldner gerechnet werden, der sich nach § 129 Abs. 2 über die Forderungen zu erklären hat, also gleichfalls auf den Prüfungstermin vorbereiten muss. Auch ihm muss sonach das Recht zustehen, eine Vertagung zu verlangen, wenn die Anmeldungen nicht rechtzeitig niedergelegt wurden.[1])

§ 129.

In dem Prüfungstermine werden die angemeldeten Forderungen ihrem Betrage und ihrem Vorrechte nach einzeln erörtert.

Der Gemeinschuldner hat sich über die Forderungen zu erklären.

§ 130.

In dem Prüfungstermine sind auch diejenigen Forderungen, welche nach dem Ablaufe der Anmeldefrist angemeldet sind, zu prüfen, wenn weder der Verwalter, noch ein Konkursgläubiger hiergegen Widerspruch erhebt; anderenfalls ist auf Kosten des Säumigen ein besonderer Prüfungstermin zu bestimmen.

Auf nachträglich beanspruchte Vorrechte und sonstige Aenderungen der Anmeldung findet die vorstehende Bestimmung entsprechende Anwendung.

[1]) V. von Völderndorff § 128 Bem. h. Bd. II. S. 318 ff. A. M. ist von Sarwey ebendas. Bem. 5 S. 559, 560, welcher bemerkt, die Erklärung des Gemeinschuldners sei ohne Einfluss auf das weitere Verfahren und er könne sich jederzeit durch das Bestreiten der Forderung gegen den Nachtheil der Feststellung im Prüfungstermine schützen.

Gläubiger, welche Forderungen nach dem Prüfungstermine anmelden, tragen die Kosten des besonderen Prüfungstermins.

§ 131.

Die Prüfung einer angemeldeten Forderung findet statt, wenngleich der anmeldende Gläubiger im Prüfungstermine ausbleibt.

§ 132.

Eine Forderung gilt als festgestellt, soweit gegen sie im Prüfungstermine ein Widerspruch weder von dem Verwalter noch von einem Konkursgläubiger erhoben wird, oder soweit ein erhobener Widerspruch beseitigt ist.

Ist die Forderung vom Gemeinschuldner im Prüfungstermine bestritten, so kann ein Rechtsstreit, welcher über dieselbe zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens anhängig war, gegen den Gemeinschuldner aufgenommen werden.

§ 133.

Das Gericht hat nach der Erörterung einer jeden Forderung das Ergebniss in die Tabelle einzutragen. Auf Wechseln und sonstigen Schuldurkunden ist von dem Gerichtsschreiber die Feststellung zu vermerken.

Die Eintragung in die Tabelle gilt rücksichtlich der festgestellten Forderungen ihrem Betrage und ihrem Vorrechte nach wie ein rechtskräftiges Urtheil gegenüber allen Konkursgläubigern.

(E.: §§ 129—133. M.: 361—364. K.: 91. 92. 98—100; pr. K.-O. §§ 171—180.)

I.

Verfahren im Prüfungstermin.

(§§ 129—131.)

1.

Im Prüfungstermine sind die angemeldeten Forderungen unter den Betheiligten (Bem. I. 2) einzeln zu erörtern, und ist festzustellen, welche Forderungen von massgebender Seite anerkannt und welche bestritten werden. Es findet aber eine Entscheidung bezüglich derselben nicht statt. (Bem. I. zu § 134 ff.)

„Die Erörterung in dem Termine ist eine mündliche, ohne dass die Grundsätze der C.-P.-O. über die Nothwendigkeit mündlichen Vorbringens von Parteianträgen und Behauptungen (§§ 128, 129, 269, 270 u. A.) zur Anwendung gelangen könnten. Post für Post sind die Betheiligten mit ihren Einwendungen und Erklärungen zu hören. Die zur Beurtheilung dienenden Materialien, die Geschäftsbücher des Gemeinschuldners, die zugänglichen Prozessakten u. s. w. sind möglichst bereit zu halten. Das Gericht kann und soll die gütliche Beilegung eines Streits versuchen; es kann nach § 67 alle zur Aufklärung erforderlichen Ermittlungen, welche sofort vornehmbar sind, anordnen." (M.: 361.) Auch solche Ermittlungen, welche nicht sofort vorgenommen werden können, ist das Gericht nach § 67 berechtigt anzuordnen und wird von dieser Befugniss namentlich dann Gebrauch machen, wenn es sich nicht um einen Streit zwischen einzelnen Gläubigern handelt, sondern eine angemeldete Forderung vom Verwalter bestritten wird, und der Masse vielleicht ein zweifelhafter Prozess erspart werden kann. Das Gericht ist berechtigt, mit Rücksicht auf die angeordneten Ermittlungen die Verhandlung und damit die Feststellung der Bestrittenheit bezüglich einzelner Forderungen zu vertagen. (Bem. 1 und 2 zu § 65; Bem. zu § 67.) Es wird dies aber nur in besonders wichtigen Fällen geschehen, während bei einfachen Sachen die Forderungen als bestrittene eingetragen, und die Ermittlungen nur zu dem Zwecke angeordnet werden, dem Verwalter die Zurücknahme der Bestreitung, wenn diese sich als unbegründet erweist, zu ermöglichen.[1]) Ueber die Verhandlung ist ein Protokoll zu errichten. (Bem. II. 3.)

2.

Zu den bei der Prüfung betheiligten Personen gehört vor Allem der Verwalter, der „in seiner Person zugleich die Funktionen des gemeinrechtlichen Kontradiktors vereinigt und in pflichtmässiger Wahrnehmung der Interessen aller Gläubiger berufen ist, jede Forderung, sowohl nach ihrer Verität als nach ihrem etwaigen Vorrecht zu prüfen." (M.: 362.) Derselbe ist selbst dann berechtigt, eine Forderung zu bestreiten, wenn alle im Prüfungstermin vertretenen Gläubiger dieselbe anerkennen. In der Reichstagskommission wurde zwar dieses selbständige Widerspruchsrecht beanstandet. Der darauf bezügliche Antrag wurde aber zurückgezogen, nachdem Regierungsrath Hagens bemerkt hatte, dem Verwalter komme vermöge seiner Stellung vornehmlich die Erklärung über die Forderungen zu, und ein Anerkenntniss der erschienenen Gläubiger könne, da dieselben oft nur solange an der Verhandlung theilnähmen, bis ihre Forderungen geprüft seien, ja die nachträglichen kleineren Prüfungstermine meist in Gegenwart weniger Gläubiger abgehalten würden, keine genügende Unterlage abgeben, um allen Gläubigern gegenüber ein rechtskräftiges Verhältniss zu schaffen. (K.: 91, 92.) Neben dem Verwalter steht ein selbständiges Prüfungs- und Wider-

[1]) V. Hullmann § 129 Bem. 1 S. 129 ff. A. M. sind von Sarwey § 129 Bem. 1 S. 560 und von Völderndorff ebendas. Bem. II. Bd. II. S. 321, welche eine von Amtswegen erfolgende Vertagung zum Zwecke der Vornahme von Ermittlungen für unzulässig halten.

spruchsrecht den einzelnen Konkursgläubigern zu, gleichviel ob deren Forderung bereits anerkannt ist, oder nicht, und ohne dass, wie nach französischem Recht, eine Affirmation der Forderung verlangt wird. „Ihre Theilnahme ist eine selbständige; ihre Bestreitung macht trotz eines Anerkenntnisses des Verwalters die Forderung zu einer bestrittenen." (M.: a. a. O.) Die Behauptung, dass der widersprechende Gläubiger keine Forderung oder kein Interesse habe und sonach nicht zur Bestreitung legitimirt sei, kann, wie in den Motiven hervorgehoben wurde, nur im Spezialprozess, nicht im Prüfungstermin mit Erfolg geltend gemacht werden. In der Reichstagskommission bemerkte Regierungsrath Hagens: „Die Vorschrift in § 132 laute ganz allgemein, dennoch würden auch Konkursgläubiger, deren Forderungsrechte noch nicht festgestellt, nicht minder solche, deren Forderungen bevorrechtet, widersprechen können. Die Behauptung, dass der Bestreitende kein Interesse an der Feststellung habe, würde im Spezialprozesse einredeweise geltend zu machen sein. In diesem Prozesse könne aber auch jeder andere, zweifelsohne interessirte Gläubiger interveniren." (K.: 92.) Eine andere Stellung als der Verwalter und die einzelnen Konkursgläubiger hat der Gemeinschuldner. „Von ihm, für den die öffentliche Bekanntmachung gleichfalls als Ladung gilt, fordert § 129 Abs. 2 eine Erklärung nur zur Aufklärung und damit gegen ihn das Präjudiz des § 152 Abs. 2 geltend gemacht werden kann. Sein Bestreiten, welches mit Rücksicht auf die letztere Bestimmung allerdings in die Tabelle unter die Rubrik „Bemerkungen" einzutragen ist, macht für den Konkurs die Forderung nicht streitig; diese Kraft hat nur ein Bestreiten des Verwalters oder eines Konkursgläubigers." (M.: 362.)

3.

Damit der Prüfungstermin abgehalten werden kann, ist es unbedingt nothwendig, dass der Verwalter demselben beiwohnt. „Ohne ihn kann nicht verhandelt werden; versäumt er den Termin, so muss dieser wiederholt werden und er haftet im Falle des Verschuldens für Schäden und Kosten." Dass der Verwalter berechtigt ist, zu seiner Unterstützung einen Rechtsbeistand zuzuziehen, wurde in der Reichstagskommission (92) ohne Widerspruch bemerkt. Auch wird diese Befugniss um so weniger zweifelhaft sein, da dieselbe auch den einzelnen Gläubigern zusteht. (Bem. II. 1 zu §§ 85 ff.) Zweifelhafter ist die Frage, ob sich der Verwalter im Verhinderungsfalle vertreten lassen kann; doch wird auch dies geschehen können, wenn der Stellvertreter dem Gericht als geeignet erscheint.[1]) (M.: 362.) Verpflichtet zum Erscheinen ist auch der Gemeinschuldner wegen seiner Verbindlichkeit zur Auskunftsertheilung; es kann sonach, wenn dessen Anwesenheit als nothwendig erscheint, die Verhandlung bezüglich aller einzelnen Forderungen vertagt und dessen zwangsweise Vorführung oder Haft verfügt werden. (Bem. 1 und 3 zu § 92 ff.) Nothwendig ist aber dessen Anwesenheit nicht. „Die Theilnahme der einzelnen Gläubiger ist naturgemäss eine freiwillige; sie können erscheinen und sich erklären, brauchen es aber nicht; ihr Schweigen

[1]) V. von Völderndorff § 129 Bem. IV. Anm. 6 Bd. II. S. 322; von Sarwey § 132 Bem. 3 S. 566.

gilt, soweit es sich nicht um ihre eigenen Forderungen handelt, als Zustimmung zu den Erklärungen des Verwalters.“ (M.: 362.) An der Nothwendigkeit, die Forderungen eines anmeldenden Gläubigers zu prüfen, wird nach § 131 durch dessen Ausbleiben nichts geändert. Es findet kein Versäumnissverfahren statt, sondern es muss die Prüfung, wenn der Gläubiger ausgeblieben ist, oder Erklärungen bezüglich seiner Forderung verweigert, ebenso vorgenommen werden, als wenn derselbe erschienen wäre, bezw. die verlangte Auskunft ertheilt hätte. (M.: 361.) Ist die Prüfung einer Forderung beendigt und Widerspruch nicht erhoben worden, so kann solcher nicht nachträglich, sei es am Schlusse des allgemeinen Termins, sei es bei einer Fortsetzung desselben, noch erhoben werden. Jede Forderung ist für sich allein zu erörtern, und wenn das Ergebniss dieser Prüfung durch das Gericht festgestellt wurde, ist jeder Widerspruch, der nicht auf einer Restitutionsklage beruht (Bem. II. 1), ausgeschlossen. [1])

4.

Wenn ein Gläubiger die Anmeldefrist versäumt oder es unterlassen hat, ein Vorrecht geltend zu machen, so wird er durch diese Versäumniss nicht mit seinen Ansprüchen ausgeschlossen, sondern kann dieselben noch nachträglich geltend machen und seine Anmeldung überhaupt noch beliebig abändern. (§ 130.) Wenn die Abänderung sich auf die wesentlichen Bestandtheile der Anmeldung bezieht, kann dieselbe aber die Wirkung haben, dass eine neue Anmeldung angenommen wird. (Bem. II. 2 zu § 126 ff.) Ist die nachträgliche Anmeldung bezw. die Abänderung noch vor dem allgemeinen Prüfungstermin erfolgt, so hat, wenn weder vom Verwalter noch von einem Konkursgläubiger hiegegen Widerspruch erhoben wird, die Prüfung ungeachtet der Versäumung und ohne dass eine Restitution oder Entschuldigung erforderlich ist im allgemeinen Prüfungstermin zu erfolgen; diese hat also keinerlei Nachtheile zur Folge. (V. auch Vorbem. 1.) Wird hiegegen Widerspruch erhoben oder erfolgt die Anmeldung erst nach dem festgesetzten Termin, so ist zum Zweck der Prüfung ein nachträglicher besonderer Termin zu bestimmen. „Die Folgen nicht rechtzeitiger Anmeldung bestehen also nur darin, dass die Nachzügler den Konkurs in der Lage, in welcher er sich befindet, zu übernehmen und die Kosten des besonderen Prüfungstermins, d. h. des ganzen nachträglichen Prüfungsverfahrens, einschliesslich der öffentlichen Bekanntmachung, zu tragen haben. Dadurch wird ein genügender Druck auf eine rechtzeitige Anmeldung ausgeübt. Die Frage, innerhalb welcher Frist der besondere Prüfungstermin anzusetzen ist, lässt die K.-O. offen; die Vorschrift des § 126 ist darauf nicht verwendbar. Das Gericht wird sich durch das Interesse der Betheiligten leiten lassen und daher nicht immer sofort für

[1]) V. auch Hullmann § 133 Bem. 3 S. 275; von Sarwey ebendas. Bem. 3 S. 571. Die von Wernz bezüglich der bayer. Pr.-O. (Art. 1266 ff. S. 900) aufgestellte Ansicht, dass das Liquidationsverfahren als ein Ganzes anzusehen sei und erst am Schlusse desselben die Verlustigung eintrete, ist durch den Wortlaut des Gesetzes (§ 129 Abs. 1 und § 133 Abs. 1 und 2) ausgeschlossen. V. jedoch von Völderndorff § 133 Bem. II. Bd. II. S. 339.

jede einzelne Anmeldung einen Termin bestimmen, vielmehr, wenn nicht eine Vertheilung oder andere wichtige Verhandlungen nahe bevorstehen, bis zum Eingang anderer nachträglicher Anmeldungen warten und für diese gemeinsam den besonderen Prüfungstermin ansetzen." (M.: 359.) Im Uebrigen gelten für die besonderen Prüfungstermine, sowohl bezüglich der Bekanntmachung als hinsichtlich des Rechts der Mitwirkung und des Widerspruchs, dieselben Vorschriften wie hinsichtlich des allgemeinen Prüfungstermins. [1])

II.

Ergebniss der Prüfung. — Beurkundung desselben.

(§§ 132, 133.)

1.

Feststellung der Forderungen. Materielle Wirkungen derselben.

(§§ 132 Abs. 1 und 133 Abs. 2.)

„Mit der Feststellung des Ergebnisses durch das Konkursgericht findet die Prüfung ihren Abschluss. Eine Forderung gilt zu dem beanspruchten Betrage und Vorrechte als festgestellt, sofern sie in dem Prüfungstermine unstreitig geblieben ist. Soweit gegen Betrag oder Vorrecht vom Verwalter oder von den Gläubigern ein Widerspruch erhoben und aufrecht erhalten wird, ist die Forderung streitig; wird der Widerspruch nach dem Prüfungstermin beseitigt durch Zurücknahme, Vergleich oder in ähnlicher Weise, so wird die Forderung unstreitig und gilt ebenfalls als festgestellt; sonst muss die Feststellung einer streitig gebliebenen Forderung durch Beseitigung des Widerspruchs im Wege des Prozesses erwirkt werden. Diese Sätze sind nothwendige Konsequenzen der für das Prüfungsverfahren und die Stellung der Betheiligten massgebenden Grundsätze." (M.: 363.)

Welche materielle Wirkungen die Feststellung der unstreitig gebliebenen Forderungen hat, wird in § 133 Abs. 2 zur Vermeidung von Zweifeln ausdrücklich gesagt, was in der pr. K.-O. nicht in so deutlicher Weise geschehen war. „Die Wirkung trifft unterschiedslos alle Konkursgläubiger, mögen sie ihre Forderungen angemeldet haben oder nicht, und mögen sie im ersteren Falle den Prüfungstermin wahrgenommen oder versäumt haben. Es wird hiedurch den oben hervorgehobenen Grundsätzen [2]) entsprochen und die Unzuträglichkeit nachträglicher Widersprüche (v. bayer. Pr.-O. Art. 1270) abgeschnitten. Desshalb findet ein Wiederaufnahmeverfahren gegen die Feststellung nur in denjenigen

[1]) Hullmann behauptet zwar (§ 130 Bem. 4 S. 273), auf die Form der Bekanntmachung beziehe sich § 103 nicht; es sei sonach zulässig, dass die Anberaumung ohne öffentliche Bekanntmachung lediglich durch persönliche Zustellung an alle Betheiligten eröffnet werde. Diese Ansicht kann aber nicht als richtig angesehen werden. (§ 85.) V. auch von Sarwey § 130 Bem. 3 S. 564; von Völderndorff ebendas. Bem. g. I. Bd. II. S. 327; von Wilmowski § 130 Bem. 1 S. 260; Wengler ebendas. Bem. 3 S. 542.

[2]) V. Vorbem. 1 und 2.

Fällen statt, in welchen einem rechtskräftigen Endurtheil gegenüber nach den §§ 541 ff. C.-P.O. die Restitutionsklage zulässig sein würde, insoweit die hiefür gegebenen Voraussetzungen nicht durch die Natur des Konkursverfahrens von selbst ausgeschlossen sind. Die Feststellung wirkt aber als Judikat nicht nur für, sondern auch gegen den Liquidanten." (M.: 364.) Die Restitution kann hienach nicht darauf gestützt werden, dass es dem Gläubiger unmöglich gewesen sei, bei dem Prüfungstermin zu erscheinen. Nicht die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung einer Frist, sondern die Restitutionsklage als Wiederaufnahmeklage gegen ein rechtskräftiges Urtheil kommt in Betracht. Von der ersteren ist schon desshalb keine Rede, weil es sich hier nicht um Versäumung einer Nothfrist handelt. Es entspricht aber auch nicht dem Geist des Gesetzes, dass das Ergebniss der Prüfung jedesmal wieder in Frage gestellt werden kann, wenn ein Gläubiger sein Prüfungsrecht nicht ausüben konnte, zumal die Prüfung durch den Verwalter im Interesse sämmtlicher Gläubiger vorgenommen werden muss. (Bem. I. 2.) [1])

2.

Wirkungen der Bestreitung durch den Gemeinschuldner.

(§§ 132 Abs. 2.)

Durch § 134 Abs. 3 wird die Frage geregelt, in welcher Weise eine streitig gebliebene Forderung gerichtlich geltend zu machen ist, wenn schon vorher ein Rechtsstreit bezüglich der Forderung anhängig war, welcher (nach § 218 C.-P.-O.) durch die Konkurseröffnung unterbrochen wurde. Diese Vorschrift kann aber nur dann Anwendung finden, wenn gegen die Forderung vom Verwalter oder von einem Gläubiger Widerspruch erhoben worden ist, nicht wenn der Widerspruch lediglich vom Gemeinschuldner ausging, weil die Forderung ungeachtet dieses Widerspruchs für den Konkurs als festgestellt gilt und nur die Geltendmachung der Forderung gegen den Gemeinschuldner selbst durch den Widerspruch des Gemeinschuldners verhindert wird. (§ 152 Abs. 2.) Um dem Gläubiger die Verschaffung eines für die Zeit nach der Konkursaufhebung verwendbaren vollstreckbaren Titels zu ermöglichen, wurde von der Reichstagskommission auf Antrag des Abg. von Vahl Abs. 2 des § 132 beigefügt, welchen Regierungsrath Hagens als eine im Sinne des Entwurfs gelegene, eigentlich nur redaktionelle, Ergänzung bezeichnete. (K.: 98—100.)

3.

Eintragung in die Tabelle. Errichtung eines Protokolls.

(§ 133 Abs. 1.)

„Der § 133 verordnet die Eintragung des Ergebnisses der Prüfungsverhandlung in die Tabelle und zwar mit Rücksicht auf die Bedeutung dieser Eintragung und zur Verhinderung späterer Fälschungen die Eintragung durch das Gericht, also unter Mitwirkung des Gerichtsvorsitzenden. Zu jeder geprüften Forderung ist zu vermerken, ob und inwieweit und eventuell mit welchem Vor-

[1]) V. Hullmann § 133 Bem. 2 und 3 S. 275; von Sarwey ebendas. Bem. 3 S. 571 und 572. A. M. ist von Völderndorff § 133 Bem. f. II. S. 338, 339.

recht sie als unstreitig festgestellt oder ob und inwieweit sie streitig geblieben und von wem sie bestritten, oder endlich ob und inwieweit die Anmeldung zurückgenommen ist.[1]) Wird für eine Forderung erst im Termin ein Vorrecht in Anspruch genommen, so ist dieselbe in eine der Vorabtheilungen zu übertragen und dies in der Hauptabtheilung unter der Rubrik „Bemerkungen" zu registriren, in welche ausser den negirenden Erklärungen des Gemeinschuldners, namentlich auch ein Vermerk über das bleibende Stimmrecht gehört. Dass zugleich über die Verhandlung ein Protokoll aufzunehmen ist, ist selbstverständlich. Da die Tabelle als ein Theil des Protokolls anzusehen ist, so wird letzteres ausser den allgemeinen Requisiten des § 145 Nr. 1—4 der C.-P.-O. gewöhnlich nur die Bezeichnung der geprüften Forderungen der Nummer nach unter Hinweis auf die Tabelle zu enthalten haben; insbesondere kann es für die Regel einer Aufzeichnung der Gründe, aus welchen eine Forderung bestritten ist, nicht bedürfen, da diese erst in dem späteren Prozesse interessiren. Durch das Protokoll sind dagegen die etwaigen Modifikationen der Anmeldung des Gläubigers (v. § 470 der C.-P.-O.) und die etwaige Rückgabe von Urkunden zu konstatiren, welche letztere, soweit die Urkunden streitige Forderungen betreffen, immer, in Ansehung unstreitiger Forderungen nur auf Verlangen geschehen muss, jedoch auch in diesem Falle von Amtswegen geschehen kann. Die Vorschrift, dass auf Wechseln und sonstigen Schuldurkunden über unstreitige Forderungen durch den Gerichtsschreiber (als Ausfertigungsbeamten daher auch unter dem Gerichtssiegel) zu vermerken ist, bezweckt eine Dispositionserleichterung für den Gläubiger." (M.: 363.) Diese Vermerkung soll die Eintragung in die Tabelle nicht ersetzen, sondern erfolgt auf Grund derselben.

§ 134.

Den Gläubigern streitig gebliebener Forderungen bleibt überlassen, die Feststellung derselben gegen die Bestreitenden zu betreiben. Zu diesem Behufe hat das Gericht den Gläubigern einen Auszug aus der Tabelle in beglaubigter Form zu ertheilen.

Auf die Feststellung ist im ordentlichen Verfahren Klage zu erheben. Für die Klage ist das Amtsgericht, bei welchem

[1]) In § 27 der preuss. Instruktion vom 6. August 1855 wurden folgende Beispiele der zu bewirkenden Vormerkungen gegeben: „1. die Forderung ist nach dem angemeldeten Betrage und Vorrechte unstreitig;" oder 2. „die Forderung ist auf Höhe von (Theil) mit dem angemeldeten Vorrechte als unstreitig festgestellt; den Anspruch auf den angemeldeten Mehrbetrag hat der Liquidant fallen lassen;" oder 3. „die Richtigkeit der Forderung ist streitig geblieben; Gegenpartei des Liquidanten sind Das angemeldete Vorrecht ist eventuell unstreitig;" oder 4. „die Richtigkeit der Forderung ist auf Höhe von als untreitig festgestellt, der angemeldete Mehrbetrag ist streitig geblieben. Das verlangte Vorrecht ist in Beziehung auf die ganze Forderung streitig. Gegenpartei des Liquidanten sind"

das Konkursverfahren anhängig ist und, wenn der Streitgegenstand zur Zuständigkeit der Amtsgerichte nicht gehört, das Landgericht ausschliesslich zuständig, zu dessen Bezirke der Bezirk des Konkursgerichts gehört.

War zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens ein Rechtsstreit über die Forderung anhängig, so ist die Feststellung derselben durch Aufnahme des Rechtsstreits zu verfolgen.

Die Feststellung kann nur auf den Grund gestützt und nur auf den Betrag gerichtet werden, welcher in der Anmeldung oder dem Prüfungstermine angegeben ist.

Die Bestimmungen des ersten, dritten und vierten Absatzes finden auf Forderungen, für deren Feststellung ein besonderes Gericht, eine Verwaltungsbehörde oder ein Verwaltungsgericht zuständig ist, entsprechende Anwendung.

Der Widerspruch gegen eine Forderung, für welche ein mit der Vollstreckungsklausel versehener Schuldtitel, ein Endurtheil oder ein Vollstreckungsbefehl vorliegt, ist von dem Widersprechenden zu verfolgen.

Die obsiegende Partei hat die Berichtigung der Tabelle zu erwirken.

§ 135.

Soweit durch ein Urtheil rechtskräftig eine Forderung festgestellt oder ein Widerspruch für begründet erklärt ist, wirkt dasselbe gegenüber allen Konkursgläubigern. War der Prozess nur gegen einzelne Gläubiger geführt, so können diese den Ersatz ihrer Prozesskosten aus der Konkursmasse insoweit verlangen, als der letzteren durch das Urtheil ein Vortheil erwachsen ist.

§ 136.

Der Werth des Streitgegenstandes eines Prozesses über die Richtigkeit oder das Vorrecht einer Forderung ist mit Rücksicht auf das Verhältniss der Theilungs- zur Schulden-

masse von dem Prozessgerichte nach freiem Ermessen festzusetzen.

(E.: §§ 134—136. M.: 364—368. K.: 92—96. 173—178; pr. K.-O. §§ 227—237.)

I.

Feststellung streitig gebliebener Forderungen.

(§ 134.)

1.

Klage des anmeldenden Gläubigers.

a.

Während bezüglich der unstreitigen Forderungen das Feststellungsverfahren durch die Eintragung in die Tabelle vollständig beendigt wird, schliesst hinsichtlich der streitig gebliebenen diese Eintragung wenigstens das gemeinschaftliche Prüfungsverfahren und damit das weitere Verfahren im Konkurse ab. „Der Rechtsstreit und die Parteien sind festgestellt; der Weg für eine prozessualische Entscheidung ist eröffnet. Die prozessualische Austragung aber ist nicht ein Theil des Konkursverfahrens." (M.: 364.) Bei Aufstellung des Entwurfs ging man von der Ansicht aus, dass ein gemeinschaftliches Liquidations- und Prioritätserkenntniss, welches die Schicksale sämmtlicher Gläubiger mit einander verkette, weder nothwendig noch zweckmässig sei, dass aber auch kein Bedürfniss bestehe, „die Gläubiger, deren Forderungen streitig geblieben, zur Verfolgung ihrer Ansprüche zu zwingen oder eine Entscheidung über die streitigen Ansprüche von Amtswegen herbeizuführen." „Die K.-O. adoptirt vielmehr das von den meisten modernen Gesetzgebungen, namentlich auch von der pr. und östr. K.-O. (§ 229 bezw. 129) mit dem günstigsten Erfolg bereits eingeführte System der Spezialprosesse, welches jedem Gläubiger seine Selbständigkeit und Unabhängigkeit wahrt, während die erforderliche Uebersichtlichkeit erfahrungsmässig durch Nachtragungen in die Tabelle in der ausreichendsten Weise herzustellen ist." (M.: 364, 365.)

b.

Sofern hinsichtlich der bestrittenen Forderung bereits ein Prozess anhängig ist, bedarf es natürlich einer besonderen Klage nicht, sondern ist die Feststellung auf dem Wege der Aufnahme des Prozesses zu verfolgen. (Bem. I. 2.) Soweit dies nicht der Fall ist und auch nicht ein vollstreckbarer Titel vorliegt, welcher den Anmeldenden von der Verpflichtung zur Klageerhebung befreit, ist es dagegen Sache der Gläubiger, welche die Feststellung ihrer Forderung im Prüfungstermin nicht haben erlangen können, Klage auf Feststellung zu erheben. Diese Klage ist im „ordentlichen Verfahren" anzubringen. Es kann also nicht im Wege des Urkunden- und Wechselprozesses geklagt werden. Den Gläubigern hiezu eine besondere Frist zu setzen, wurde nicht für erforderlich gehalten, weil sie ohnedies das grösste Interesse an der Feststellung hätten und die Gefahr der Ausschliessung bei den Vertheilungen (§ 140) einen genügenden Antrieb zu raschem Vorgehen enthalte. Dass jedem Gläubiger, dessen Forderung bestritten wurde,

ein beglaubigter Auszug aus der Tabelle zu ertheilen ist, der die auf dessen Forderung bezüglichen Angaben zu enthalten hat, wurde vorgeschrieben, „um die Kongruenz des ergehenden Urtheils mit der Anmeldung zu sichern.“ (M.: 365.) Nach dem Vorgang der pr. K.-O. (§ 229) noch weiter vorzuschreiben, dass jedem Gläubiger von Amtswegen eine Abschrift seiner Anmeldung und des Prüfungsprotokolls ertheilt werde, wurde für überflüssig gehalten.

c.

Während es zur Ausschliessung der bestrittenen Forderung vom Konkursverfahren genügt, dass der Widerspruch eines einzigen Konkursgläubigers oder des Verwalters für begründet erklärt wird, kann die Forderung nicht als gerichtlich anerkannt oder festgestellt gelten, wenn der Widerspruch eines einzigen widersprechenden Gläubigers oder des Verwalters für unbegründet erklärt wird, sondern es kann die Feststellung erst dann erfolgen, wenn alle erhobenen Widersprüche beseitigt worden sind. (Bem. II.) Der Gläubiger hat desshalb das dringendste Interesse daran, gegen alle Personen, welche Widerspruch erhoben haben, gleichzeitig Klage zu erheben, und dadurch zu bewirken, dass in einem und demselben Prozesse und durch das nämliche Urtheil über die Forderung und das etwa geltend gemachte Vorrecht entschieden wird. Geschieht dies, so sind die Beklagten als Streitgenossen anzusehen, und zwar müssen, da das Rechtsverhältniss des Gläubigers im Konkursverfahren nur in einheitlicher Weise festgestellt werden kann, bezüglich der Streitgenossenschaft die §§ 59 und 434 der C.-P.-O. zur Anwendung kommen. In der Reichstagskommission wurden zwar gegen die Annahme, dass nur eine einheitliche Entscheidung erfolgen könne, Bedenken erhoben. Diese wurden aber von den Regierungskommissaren mit Recht als unbegründet erklärt. Von Regierungsrath Hagens wurde bemerkt: „Nach den Vorschriften der C.-P.-O. sei zwar nicht ausgeschlossen, dass die Handlung des einen Streitgenossen materiell insofern von Einfluss sei, als sie möglicher Weise die Ueberzeugung des Richters von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Thatsache bestimmen könne. Formell könne aber durch die Widersprüche in den Handlungen und Erklärungen der einzelnen Streitgenossen keine Verwirrung entstehen, die Entscheidung müsse vielmehr stets einheitlich erfolgen. Die C.-P.-O. lasse die Regelung dann einheitlich erfolgen, wenn eine Theilung nicht möglich sei. Die K.-O. nehme an, dass ein derartiger Fall vorliege, wenn die Forderung eines Liquidanten von einer Mehrheit bestritten werde, denn die Klage gehe auf Feststellung, und die Feststellung könne nicht eher und nicht anders erfolgen, als dass der Widerspruch Aller ohne Ausnahme beseitigt sei.“ Von Appellrath Hauser wurde dann noch treffend bemerkt, wenn es sich um Erfüllung einer Forderung handle, sei eine verschiedene rechtliche Behandlung der Streitgenossen möglich, nicht aber, wenn die Feststellung einer im Konkurs angemeldeten Forderung in Frage stehe. Hier verlangten die widersprechenden Gläubiger etwas Weiteres nicht, als dass die Befriedigung des Liquidanten aus der Konkursmasse nicht erfolge. Die Befriedigung oder Nichtbefriedigung im Konkurse könne nur einheitlich durchgeführt werden; es könne die Forderung nicht einzelnen Gläubigern gegenüber zum Zuge kommen, gegenüber einem

anderen Gläubiger ausfallen. Daher müsse die rechtskräftige Aberkennung einer Forderung allen Gläubigern gegenüber wirksam sein." (K.: 94, 95.) Ein Antrag von Hullmann, durch welchen ausdrücklich festgestellt werden sollte, dass eine von Mehreren bestrittene Forderung nur einheitlich festgestellt werden könne, die Widersprechenden aber zugleich genöthigt werden sollten, für die Verfolgung des Widerspruchs einen gemeinschaftlichen Vertreter zu bestellen, wurde zurückgezogen, nachdem Regierungsrath Hagens unter Wiederholung und weiterer Ausführung seiner früheren Ausstellungen bemerkt hatte, über den ersten Satz des Antrags (die Nothwendigkeit der einheitlichen Feststellung betreffend) könne nach dem Entwurf und den Motiven eine andere Auffassung gar nicht Platz greifen, der Antrag könne aber Irrthümer hervorrufen in den Fällen, in welchen der liquidirende Gläubiger nur einige, nicht alle, Bestreitenden verklage, oder in welchen nach § 134 Abs. 6 nur von einigen nicht von allen Widersprechenden der Widerspruch verfolgt werde, was nicht ausgeschlossen sei. „Daraus, dass in dem Falle, in welchem die Feststellung gegen alle Bestreitenden oder von allen Bestreitenden betrieben sei, die Feststellung nur „einheitlich" erfolgen könne, die Streitgenossenschaft also im Sinne des § 59 C.-P.-O. eine „nothwendige" sei, folge noch keineswegs eine Zwangsstreitgenossenschaft in dem Sinne, dass Alle gemeinschaftlich verklagt werden oder klagen müssten; dem einzeln Verklagten stehe die Einrede der fehlenden Passivlegitimation nicht zu; ebensowenig könne den einzeln Klagenden die Einrede der fehlenden Aktivlegitimation entgegengesetzt werden. Darum sei auch die im Abs. 2 des Antrags Hullmann enthaltene Kuratel zu verwerfen. (K.: 173 bis 178 insbes. 175.) Den Ausführungen von Hagens muss auch nach der letzteren Richtung zugestimmt werden. Nach dem Gesetze steht dem Gläubiger das Recht zu, die Beseitigung jedes einzelnen Widerspruchs in der ihm angemessen erscheinenden Weise zu erstreben. Ebenso steht es im Belieben jedes Widersprechenden, ob und in welcher Weise er seinen Widerspruch verfolgen will. Die Begründung eines einzigen Widerspruchs genügt, um die Forderung vom Konkursverfahren auszuschliessen; dagegen kann die Feststellung erst dann erfolgen, wenn alle Widersprüche beseitigt sind. Es können hienach, wenn alle Widersprechenden im Prozess sind, wohl über die Berechtigung der einzelnen Streitgenossen zum Widerspruche (bezw. deren Eigenschaft als Gläubiger) verschiedenartige Entscheidungen ergehen. Dagegen kann über die Frage, ob die angemeldete Forderung zum Konkurs zuzulassen ist, nur einheitlich entschieden werden. [1])

d.

„Mit dem gemeinschaftlichen Klassifikationsurtheil fiel die Nothwendigkeit, sämmtliche Spezialprozesse vor das Konkursgericht zu ziehen, was auch nach der Verweisung der Konkurse vor den Einzelnrichter ganz unthunlich gewesen wäre. Die K.-O. lässt die sogenannte vis attractiva des Konkurses nur in beschränkter, jedoch für das praktische Bedürfniss ausreichender Weise eintreten.

[1]) V. auch Hullmann § 134 Bem. 2 S. 278; von Wilmowski § 135 Bem. 1 S. 269; von Sarwey § 134 Bem. 4 S. 576. A. M. ist von Völderndorff (§ 134 Bem. d. II. Bd. II. S. 345 ff.), welcher die Ansicht vertheidigt, dass bezüglich der Bestreitung nur ein Rechtsstreit möglich sei.

Sie verweist die nicht vom Rechtswege vor den ordentlichen Gerichten ausgeschlossenen oder nicht bereits vor der Eröffnung des Konkurses rechtshängig gewordenen Sachen vor das im Einzelnen für den Ort des Konkurses dem Gegenstande nach zuständige Gericht. Diese Bestimmung (§ 134 Abs. 2) beugt einer zur grossen Zersplitternng der Streitigkeiten und Entscheidungen vor und macht zugleich für die Fälle, wo die Klage gegen mehrere Interessenten mit verschiedenem allgemeinem Gerichtsstande zu erheben sein würde, die Bestellung eines gemeinschaftlichen Gerichtsstandes nach § 36 Nr. 3 C.-P.-O. überflüssig. Die sachliche Kompetenz des Amts- und des Landgerichts bleibt unberührt." (M.: 365.) Da der durch Abs. 2 festgesetzte Gerichtsstand ein „ausschliesslicher" ist, kann ein anderes Gericht auch durch Vereinbarung nicht zuständig werden, über die Feststellung der Forderung zu entscheiden und wird auch die Entscheidung eines Schiedsgerichts nicht genügen, um die Feststellung mit der Wirkung für alle Konkursgläubiger zu bewirken. [1]) Nur insoweit ist Raum für die Bestellung eines Schiedsgerichts, als der bestreitende Verwalter oder Gläubiger sich verpflichtet, wenn dieses gegen ihn entscheidet, seinen Widerspruch zurückzuziehen. In den Motiven (365) wurde die Ausschliessung der Zuständigkeit des Handelsgerichts damit gerechtfertigt, dass die Feststellungsklage gegen den Gemeinschuldner und gegen den bestreitenden Verwalter oder Gläubiger nicht aus deren Geschäften zu erheben, im Uebrigen auch eine ausnahmsweise Zuständigkeit des am Orte des Konkurses bestehenden Handelsgerichts nicht zweckmässig sei. Der erste Grund führt dahin, auch die Zuständigkeit der bei den Landgerichten bestehenden Kammern für Handelsachen auszuschliessen. [2]) Auf die Fälle, in welchen nicht der anmeldende Gläubiger Klage auf Feststellung, sondern der Verwalter oder ein Gläubiger gegen die mit einem vollstreckbaren Titel versehene Forderung des Gläubigers Widerspruch erhebt (§ 134 Abs. 6) findet die Vorschrift des Abs. 2 keine Anwendung (Bem. I. 4.) Ebenso ist die Zuständigkeit der in diesem Abs. erwähnten Gerichte nicht begründet, soweit bezüglich der Entscheidung ein besonderes Gericht (§ 14 G.-V.-G.) oder eine Verwaltungsbehörde oder ein Verwaltungsgericht zuständig ist. Sofern sich diese Zuständigkeit nur auf die Existenz der Forderung, nicht auf die eines Vorrechts erstreckt, hat aber hierüber das in Abs. 2 erwähnte Gericht zu entscheiden. In § 234 der pr. K.-O. war ausdrücklich gesagt, dass das Konkursgericht zunächst über das Vorrecht, sofern dasselbe streitig sei, entscheide. Auch ohne eine derartige Bestimmung muss aber Abs. 2 des § zur Anwendung kommen, soweit die Veraussetzungen des Abs. 5 nicht zutreffen. [3])

[1]) V. von Sarwey § 134 Bem. 5 S. 577. A. M. ist von Völderndorff ebendas. Bem. h. Bd. II. S. 348. Dessen Ansicht kann aber nicht beigestimmt werden. Sowenig die Vereinbarung bezüglich eines ordentlichen Gerichts die ausschliessliche Zuständigkeit des im Gesetz vorgesehenen Gerichts beseitigen kann, sowenig kann dies ein Schiedsvertrag.

[2]) V. auch Hullmann § 134 Bem. 4 S. 282; von Wilmowski ebendas. Bem. 4 S. 266; von Sarwey ebendas. Bem. 5 S. 577; von Völderndorff ebendas. Bem. i. Bd. II. S. 350.

[3]) V. von Sarwey § 134 Bem. 8 S. 579.

2.

Aufnahme eines bereits anhängigen Prozesses.

(§ 134 Abs. 3.)

„War über die streitige Forderung schon zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens ein Rechtsstreit anhängig, und ist also dieser durch die Konkurseröffnung in Gemässheit des § 218 C.-P.-O. unterbrochen worden, so ist die Feststellung der Forderung durch Aufnahme des Rechtsstreits und in diesem Rechtsstreite zu verfolgen. Die Fortsetzung der bereits anhängigen Prozesse vor den einmal damit befassten Gerichten dient nicht bloss zur Ersparung von Zeit und Kosten, sondern ist nothwendig, um den Prozess zu Ende zu bringen und weil ohnedies die bisherigen Ergebnisse solcher Prozesse nach den zum § 10 entwickelten Grundsätzen für den Konkurs massgebend bleiben.[1]) Natürlich hat der Gläubiger in solchem Falle an Stelle des Gemeinschuldners den bestreitenden Verwalter oder die bestreitenden Mitgläubiger laden zu lassen und seine früheren Anträge in Gemässheit der durch die Konkurseröffnung und die stattgefundene Prüfung veränderten Rechtslage zu modifiziren; handelt es sich jetzt auch um ein streitig gewordenes Vorrecht, so ist eine Erweiterung des Antrags auch in dieser Richtung mit Rücksicht auf § 240 C.-P.-O. zweifellos zulässig.“ (M.: 365, 366.) Die Vorschrift des Abs. 2 bleibt hienach ausser Anwendung, sofern zur Zeit der Konkurseröffnung bereits ein Rechtstsreit über die Forderung anhängig war. Dagegen gilt Abs. 4 auch für derartige Prozesse. (Bem. 3.)

3.

Anträge und Entscheidung bezüglich der Feststellung.

(§ 134 Abs. 4.)

„Dass für die Anträge in dem angestellten oder dem aufgenommenen Spezialprozess die materiellen Vorschriften der K.-O. massgebend sein müssen, versteht sich von selbst. Demgemäss kann nicht auf Verurtheilung zur Zahlung, sondern nur auf Feststellung der Forderung nach Betrag oder Vorrecht angetragen werden. Ebenso würde eine auf Leistung einer Handlung statt auf das Geldinteresse gerichtete Klage eines Konkursgläubigers unstatthaft und ein hierauf ergangenes Urtheil unausführbar sein. Die Feststellung hat sich aber auch innerhalb der durch den Prüfungstermin abgesteckten Grenzen der Anmeldung zu halten. Soll jedem Konkursgläubiger die entscheidende Mitwirkung bei der Feststellung der übrigen Konkursforderungen gesichert bleiben, so darf keine Konkursforderung zur Klage gestellt werden, welche nicht der vorschriftsmässigen Prüfung unterworfen ist. Dies würde aber der Fall gewesen sein, nicht nur wenn man in dem Spezialprozess eine Erweiterung der Forderung nach ihrem Betrage oder Vorrecht, sondern auch dann, wenn man in demselben eine Aenderung des das Wesen der Forderung bestimmenden Schuldgrundes zugelassen hätte. Auch nach der pr. K.-O., welche den letzteren Satz nicht ausdrücklich

[1]) V. Bem. I. 4 zu §§ 8 ff

ausspricht, ist in der Praxis angenommen, dass wenigstens die Identität der eingeklagten mit der angemeldeten Forderung nicht durch Substituirung eines anderen Klagegrundes in Zweifel gestellt werden dürfe.[1]) Hat ein Gläubiger seiner Anmeldung ein unrichtiges Fundament zu Grunde gelegt, so steht ihm nur der Weg einer neuen Anmeldung offen, durch welche er auch etwaige Erweiterungen seiner bestrittenen Forderung nach Betrag und Vorrecht, dem Grundsatz des § 10 entsprechend, zunächst geltend zu machen hat.“ (M.: 366.) Die Vorschriften des Abs. 4 finden sowohl Anwendung, wenn ein Rechtsstreit vor einem ordentlichen Gerichte anhängig gemacht oder aufgenommen wurde, als auch dann, wenn ein besonderes Gericht oder eine Verwaltungsbehörde oder ein Verwaltungsgericht die Forderung festzustellen hat. (Abs. 5.) Dagegen gelten sie, wie sich schon aus der Stellung des § ergibt und auch in den Motiven (366) bemerkt wurde, nicht für die Fälle, in welchen auf Grund des Abs. 6 Widerspruch erhoben wird. (Bem. 4.)

4.

Widerspruch gegen Forderungen, für welche ein vollstreckbarer Titel besteht.

(§ 134 Abs. 6.)

Auch solche Forderungen, für welche der anmeldende Gläubiger schon vor der Konkurseröffnung einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat, unterliegen dem allgemeinen Prüfungsrecht der Gläubiger, sowie dem Anfechtungsrechte. Auch bezüglich ihrer wird ein noch anhängiger Rechtsstreit durch die Konkurseröffnung unterbrochen. Auch sie müssen, wie die übrigen Konkurseröffnungen angemeldet und geprüft werden und werden durch den Widerspruch des Verwalters oder eines Gläubigers „streitig“ im Sinne des Gesetzes. Es ist aber nicht der Gläubiger verpflichtet, den gegen seine Forderung erhobenen Widerspruch zu beseitigen, wenn er zur Vertheilung zugelassen werden will, sondern es ist Sache der Widersprechenden, ihren Widerspruch vor dem zuständigen Gericht und durch Geltendmachung der ihnen zu Gebot stehenden prozessualischen Mittel zu rechtfertigen. In dieser Beziehung wurde in den Motiven (367) bemerkt: „Der vor der Konkurseröffnung erlangte vollstreckbare Schuldtitel ist an sich rechtsgültig und massgebend auch gegenüber den Konkursgläubigern. Ein rechtskräftiges Endurtheil ist nur der Nichtigkeits- oder Restitutionsklage des widersprechenden Verwalters oder Gläubigers, oder sofern dem Urtheile eine anfechtbare Rechtshandlung zu Grunde liegt, der gegen diese gerichteten Anfechtungsklage des Verwalters ausgesetzt. Auch wenn der Liquidant noch nicht ein rechtskräftiges, aber ein obsiegliches Endurtheil erlangt hatte, ist es naturgemäss, die Aufnahme des Rechtsstreits und die Einlegung des Einspruchs oder Rechtsmittels oder Fortsetzung des Streits zur Hauptsache an Stelle des Gemeinschuldners dem widersprechenden Verwalter oder Gläubiger aufzuerlegen. Dadurch wird zugleich leichtfertigem Widerspruche vorgebeugt.“ Dass neben dem Endurtheil und der

[1]) V. Erk. des R.-O.-H.-G. vom 27. April 1872 Bd. V. Nr. 101 S. 424 ff.

vollstreckbaren Urkunde auch der Vollstreckungsbefehl erwähnt wurde, hat darin seinen Grund, dass die C.-P.-O. (§ 640) denselben einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Versäumnissurtheile gleichstellt.

In der Reichstagskommission wurde die Vorschrift des Abs. 6 beanstandet und geltend gemacht, nur wenn der anmeldende Gläubiger ein rechtskräftiges Urtheil für sich habe, sei es gerechtfertigt, dass derselbe die Feststellung seiner Forderung nicht zu betreiben brauche. Nachdem Regierungsrath Hagens die Bestimmungen des Abs. 6 begründet hatte, wurde aber von Stellung eines besonderen Antrags abgesehen. (K.: 92, 93.)

Die Art und Weise, in welcher der Widerspruch zu verfolgen ist, hängt davon ab, welche Angriffsmittel dem Widersprechenden zu Gebote stehen. Es ist der in Frage stehende Schuldtitel in der Weise anzugreifen, welche den Vorschriften der C.-P.-O. oder der K.-O. entspricht und in dieser Weise der vollstreckbare Titel, welcher dem Gläubiger zur Seite steht, zu beseitigen. Gelingt dies, so steht damit in der Regel auch fest, dass die Forderung selbst unbegründet ist. „Soweit der Widerspruch für begründet gefunden wird, fällt die Konkursforderung hinweg; mit der Zurückweisung und Beseitigung des Widerspruchs ist die Forderung für festgestellt zu halten.“ (M.: 367.) Der erste Fall liegt insbesondere dann vor, wenn das vom Gläubiger erwirkte Urtheil zufolge erhobenen Einspruchs oder eines Rechtsmittels aufgehoben und dessen Klage abgewiesen oder wenn eine Anfechtungsklage (§§ 22 ff.) zugesprochen wird. Der Verpflichtung des Widersprechenden wird übrigens genügt sein, wenn der dem anmeldenden Gläubiger zur Seite stehende Schuldtitel beseitigt worden ist. Wurde das Urtheil z. B. zufolge einer Nichtigkeits- oder Restitutionsklage aufgehoben, ohne dass sofort in der Sache selbst entschieden wird, oder gelingt es dem Bestreitenden nachzuweisen, dass eine Urkunde mit Unrecht mit der Vollstreckungsklausel versehen wurde u. s. w., so ist der gegen die Forderung erhobene Widerspruch noch nicht gerechtfertigt, obgleich der Vollstreckungstitel beseitigt worden ist. Vielmehr kann der anmeldende Gläubiger seine Forderung immer noch zur Geltung bringen, indem er ein neues Urtheil erwirkt. In diesen Fällen hat aber der Widersprechende genug gethan, wenn er den vollstreckbaren Schuldtitel beseitigt hat, und ist der Gläubiger ebenso wie im Falle der Nr. 1 verpflichtet, die Feststellung seiner Forderung zu betreiben. Solange einer der in Abs. 6 aufgezählten Titel vorliegt, hat der Widersprechende seinen Widerspruch zu verfolgen, und es muss die Forderung bei allen Vertheilungen berücksichtigt werden, bei welchen es noch nicht gelungen ist, den Schuldtitel zu beseitigen. Ist der Schuldtitel aufgehoben, so kann dagegen auch, wenn nicht sofort der Widerspruch für begründet erklärt worden ist, die Forderung vorerst nicht berücksichtigt werden, sondern es kann dies erst dann geschehen, wenn der Vorschrift des § 140 genügt worden ist. Dass in den unter Abs. 6 gehörigen Fällen der in Abs. 2 aufgestellte Gerichtsstand nicht Platz greift, vielmehr die allgemeinen Vorschriften der C.-P.-O. über die Zuständigkeit entscheiden, ergibt sich aus der Stellung des Abs. 6, wie aus der Natur der Sache. Auch wurde dies in den Motiven (367) als selbstverständlich erklärt und in der Reichstagskommission (93) nochmals von Regierungs-[rath] Hagens bestätigt.

5.

Berichtigung der Tabelle.

(§ 134 Abs. 7.)

„Der Schlusssatz des § 134 will die Verantwortlichkeit des Verwalters, für den bei den Vertheilungen immer nur die Tabelle massgebend sein kann, vermindern. Es kann von demselben insbesondere nicht verlangt werden, sich um den Ausgang der nur gegen einzelne Gläubiger geführten Spezialprozesse zu kümmern. Es darf aber überhaupt der Satz aufgestellt werden, dass auch in anderen analogen Fällen die Berichtigung der Tabelle von demjenigen herbeizuführen ist, in dessen Interesse dieselbe liegt. Eine solche Berichtigung ist in allen Fällen unter Vorlage der zur Begründung dienenden Urkunden bei dem Gericht in Antrag zu bringen, und von den konkreten Umständen hängt es ab, ob dem Antrage sofort oder nach vorgängiger Anhörung der Betheiligten stattzugeben ist.“ (M.: 367.)

II.

Wirkungen des Feststellungsurtheils.

(§ 135.)

Zur Begründung des § 135 wurde in den Motiven bemerkt: „Die Wirkung eines Feststellungsurtheils folgt aus der Natur des Konkursverhältnisses. Wenn und soweit der Kläger ein obsiegliches Urtheil gegen alle diejenigen erlangt hat, welche seine Forderung bestritten haben, so ist damit dieser Widerspruch beseitigt; die Sachlage ist dieselbe geworden, als wäre im Prüfungstermin gar kein Widerspruch erhoben und die Forderung als unstreitig festgestellt. Im umgekehrten Falle scheidet dagegen der Kläger definitiv aus dem Kreise der Theilnahmeberechtigten aus und dies muss allen übrigen Gläubigern zu Gute kommen. Es kann, wenn nur einzelne Gläubiger (ohne den Verwalter) den Streit ausgefochten haben, nicht davon die Rede sein, diese in die Stelle des abgewiesenen Klägers eintreten zu lassen, weil eben jetzt feststeht, dass dieser Nichts zu fordern hat. War also bei den im Laufe des Prozesses vorgenommenen Vertheilungen ein entsprechender Betrag für die streitige Forderung zurückbehalten worden (§§ 140, 155 Nr. 1), so verbleibt derselbe in der allgemeinen Theilungsmasse. Nur darf die Masse sich nicht auf Kosten derjenigen bereichern, welche ihr den Vortheil verschafft haben; es sind desshalb diesen bis zur Höhe des erlangten Vortheils die aufgewendeten Prozesskosten zu erstatten, selbstredend unbeschadet der etwaigen Ersatzpflicht des besiegten Prozessgegners. Hatte der Verwalter an der Bestreitung und dem gewonnenen Prozesse theilgenommen, so fällt die Annahme einer nützlichen Verwendung und damit der Grund zu einem Anspruch der als Streitgenossen aufgetretenen Gläubiger auf Erstattung der Prozesskosten aus der Masse hinweg, während die durch die Prozessführung des Verwalters entstandenen Kosten immer als Masseschulden (§ 52 Nr. 1) zu erachten sind.“

Im Entwurf lautete der erste Satz des §: „Das Urtheil, durch welches eine Forderung rechtskräftig festgestellt ist, wirkt gegenüber allen Konkurs-

gläubigern.“ Die jetzige Fassung wurde von der Reichstagskommission auf Antrag von Wölfel und von Vahl beschlossen, um den dem § zu Grund liegenden Gedanken deutlicher hervortreten zu lassen und jeden Zweifel darüber auszuschliessen, dass auch die Urtheile, durch welche der Widerspruch eines Gläubigers für begründet erklärt wird (v. hiezu Bem. I. 4), allen Konkursgläubigern zu gut kommen. (K.: 93—95, 173—178.) Besonders zu beachten ist, dass eine Forderung nicht schon dann als festgestellt anzusehen ist, wenn der eine oder andere Widerspruch, sei es auch der des Verwalters, für unbegründet erklärt wurde, sondern erst dann, wenn alle Widersprüche beseitigt worden sind.

III.
Werth des Streitgegenstands.

„Die Bestimmung des § 136 tritt zunächst einer Vorschrift der preussischen Kostengesetzgebung entgegen, welche zu den lebhaftesten und begründetsten Klagen Veranlassung gegeben hat. In den altpreussischen Provinzen wurde nämlich der Berechnung des Objekts in den Spezialprozessen in Gemässheit des Gesetzes vom 15. März 1838 (§ 1 Nr. 9) statt der zu erwartenden Dividende lediglich der Nominalwerth der streitigen Forderung zu Grunde gelegt. Obgleich sich bei Aufstellung des Entwurfs nicht übersehen liess, welchen Einfluss auf den Kostensatz künftig der Höhe des Objekts werde eingeräumt werden, so erschien es doch geboten, schon jetzt der Fortdauer eines Rechtszustandes vorzubeugen, welcher in zahlreichen Fällen die Anstellung eines Spezialprozesses faktisch ausschloss. Zudem ergänzt § 36 gleichzeitig die für die Festsetzung des Streitgegenstandes bezüglich der Zuständigkeitsfrage massgebenden Vorschriften der C.-P.-O. (§§ 2 ff.), welche den Verhältnissen im Konkurse nicht speziell Rechnung tragen. Die aus dem Grundsatze des § sich ergebende Ausdehnung der amtsgerichtlichen Kompetenz ist sachlich gerechtfertigt, da das zu erlassende Erkenntniss unmittelbar nur für den Konkurs, also auf Höhe der Dividende desselben seine Wirkung äussern soll. Uebrigens trägt sie in wünschenswerther Weise zur rascheren Abwicklung des Verfahrens bei.“ (M.: 368.) Zur Erläuterung des § und des aus demselben sich ergebenden Verfahrens bemerkte Regierungsrath Hagens in der Reichstagskommission (95, 96): „Der § 136 enthalte eine Ausdehnung der amtsgerichtlichen Kompetenz. Der Gläubiger, welcher eine Forderung von 1000 M. angemeldet habe, werde sich zu fragen haben, wieviel ungefähr im Konkurs liege, welche Dividende zu erwarten stehe. An das ihm hienach kompetent erscheinende Gericht werde er sich zu wenden und in der Klage auch eine Angabe über die vermuthliche Höhe der Dividende zu machen haben. Das angegangene Gericht werde dann seine Zuständigkeit prüfen müssen. Finde das Amtsgericht in dem angeführten Beispiele, dass mehr als 30 Prozent zu erwarten seien, so würde es sich für unzuständig zu erklären, andernfalls aber den Feststellungsprozess über die 1000 Mark zu entscheiden haben. Sollte im letzteren Falle der Gemeinschuldner die Forderung nicht bestritten gehabt haben, so würde die Feststellung der Forderung auch über den Konkurs hinaus in Gemässheit des § 152 dem Gemeinschuldner gegenüber und zwar nach der vollen Höhe von 1000 Mark wirksam sein.“

Fünfter Titel.

Vertheilung.

(§§ 137—159.)

Vorbemerkungen.

1.

So wünschenswerth es ist, dass recht viele Konkurse auf dem Vergleichswege ihre Erledigung finden, so kann doch auf das Zustandekommen eines Zwangsvergleichs nie mit Sicherheit gerechnet werden. „Regelmässig erscheint als das Ziel des Verfahrens die Vertheilung des vorhandenen Vermögens unter die Gläubiger; sie bildet den Schlussstein der ganzen Prozedur, und in ihr muss sich die Güte jeder Konkurs-Ordnung erproben.“ (M.: 369.) Bei dieser Vertheilung kommt es, wie in den Motiven (a. a. O.) hervorgehoben und auch theoretisch allezeit anerkannt wurde, vor Allem darauf an: „den Gläubigern sobald wie möglich die vorhandene Masse zur Verfügung zu stellen, ihre Verluste durch eine rasche, einfache und wenig kostspielige Vertheilung einzuschränken und die Nachtheile einer obrigkeitlichen oder gemeinrechtlichen Verwahrung und Verwaltung nicht über das unbedingt nothwendige Zeitmass hinaus zu verlängern.“ Dass es im gemeinrechtlichen Konkurse nur in geringem Masse gelang, sich diesem Ziele zu nähern, hatte, wie in den Motiven (369 ff.) ausführlich entwickelt wurde, vornehmlich darin seinen Grund, dass dort die Bestimmungen des materiellen Rechts nicht nur zu einem weitläufigen Verifikations- und Klassifikationsverfahren, sondern auch dahin führten, dass vor der vollständigen Beendigung des letzteren nicht zu einer Vertheilung geschritten werden konnte. Daneben kam noch der Umstand in Betracht, dass regelmässig die Versilberung der ganzen Masse abgewartet werden musste, ehe mit der Vertheilung begonnen werden konnte, sowie dass man es für nothwendig hielt, die dem Gericht vorbehaltene Vertheilung noch durch einen besonderen Distributionsbescheid vorzubereiten. In der preussischen K.-O. wurde zwar der in den Ländern des französischen Rechts schon längst zur Herrschaft gelangte Grundsatz zur Geltung gebracht, dass mit den Vertheilungen, nach Ablauf der allgemeinen Anmeldungs- und Prüfungstermine und nach Einsetzung eines definitiven Verwalters begonnen werden könne, sofern ein hinlänglicher Massebestand vorhanden sei. Verschiedene Ursachen (M.: 370) verhinderten es aber, dass die wohlthätigen Folgen dieses Grundsatzes vollständig zur Geltung kommen konnten. Insbesondere entsprach das Vertheilungsverfahren selbst, das auf Grund eines vom Verwalter zu entwerfenden und zum Zweck der Prüfung durch die Gläubiger offen zu legenden Theilungsplanes erfolgte, nicht den an dieses Verfahren zu stellenden Anforderungen. Die K.-O., welche den obigen Grundsatz festhält, will nun die angestrebte Verbesserung dadurch erreichen, „dass sie an die Stelle eines Theilungsplans ein auf Grund der Tabelle anzufertigendes Verzeichniss der theilnahmeberechtigten Gläubiger und an die Stelle der Summenvertheilung eine Dividendenvertheilung setzt, d. h. statt der disponiblen Theilungsmasse den Gesammtbetrag der theil-

nahmeberechtigten Forderungen zum bestimmenden Rechnungsfaktor macht und auf diese einen annähernd nach dem Betrage jener Masse zu berechnenden festen Prozentsatz anweist.“ (M.: 372.) Bei diesem System der Dividendenvertheilung, welches sich, wie in den Motiven bemerkt wird, in England vollständig bewährt hat und bei dem geltenden Dezimal-Münzsystem sehr leicht auszuführen ist, „bedarf es nicht mehr einer mühsamen kalkulatorischen Aufstellung; jeder Gläubiger ist in der Lage, mit Leichtigkeit nicht nur seine eigene, sondern vermöge der Jedem zugänglichen Tabelle und des Verzeichnisses auch die Dividende seiner Mitgläubiger zu ermitteln. Zur allgemeinen Kontrole einer richtigen und gleichmässigen Vertheilung dient die Rechnungslegung des Verwalters bezw. die Schlussvertheilung und nur für die Zulassung und Erhebung etwaiger Einwendungen waren einige besondere Vorschriften erforderlich.“ (M.: 372).

2.

Die Vertheilung zerfällt nach der K.-O. in Abschlags-, Schluss- und Nachtragsvertheilungen. Die §§ 137—142 enthalten allgemeine Bestimmungen, welche für alle Vertheilungen massgebend sind. In den §§ 143—148 wird von den Abschlagsvertheilungen gehandelt, während die §§ 149—152 die Schlussvertheilung, und was mit ihr zusammenhängt, regeln und § 153 sich mit den Nachtragsvertheilungen beschäftigt. In den §§ 154—159 folgen sodann wieder allgemeine, für alle Vertheilungen massgebende, Vorschriften, welche den Vollzug der Vertheilungen und die Ausschliessung der Massegläubiger regeln.

§ 137.

Nach der Abhaltung des allgemeinen Prüfungstermins soll, so oft hinreichende baare Masse vorhanden ist, eine Vertheilung an die Konkursgläubiger erfolgen.

§ 138.

Zur Vornahme einer Vertheilung hat der Verwalter, wenn ein Gläubigerausschuss bestellt ist, dessen Genehmigung einzuholen.

(E.: §§ 137. 138. M.: 372—374. K.: 100; pr. K.-O. §§ 239. 240.)

1.

„§ 137 bestimmt den Zeitpunkt der Vertheilungen. Nach Abhaltung des allgemeinen Prüfungstermins soll, so oft hinreichende Masse vorhanden ist, eine Vertheilung an die Konkursgläubiger erfolgen. Nur für den einer besonderen Berücksichtigung bedürfenden Fall, dass der Gemeinschuldner einen Zwangsvergleich vorgeschlagen hat, ist dem Gericht in § 148 die Ermächtigung ertheilt, auf Antrag desselben die Aussetzung einer Abschlagsvertheilung anzuordnen. Auch eine solche Anordnung soll jedoch ausgeschlossen bleiben, sofern die Aus-

schlussfrist bereits abgelaufen ist. Im Prinzip sind also Abschlagsvertheilungen nicht, wie nach der pr. K.-O., bloss zugelassen, sondern ausdrücklich vorgeschrieben und zur Regel erhoben. Für die mit der Anordnung der Vertheilung betrauten Organe wird dadurch eine Verpflichtung begründet, durch deren Nichtachtung sie sich verantwortlich machen würden. Einen gewissen Spielraum gewährt denselben jedoch die ihrer Beurtheilung unterliegende Frage, ob eine Masse als hinreichend zur Vornahme einer Vertheilung zu erachten. Das Gesetz konnte hiefür eine bestimmte Richtschnur nicht geben. Die Lage des einzelnen Falles und das Interesse der Konkursgläubiger ist ausschliesslich massgebend. Diesem wird jedoch in der Regel die Vertheilung auch kleiner Dividenden mehr entsprechen, als die längere Aufbewahrung des Massebestandes, soweit nicht dadurch für die Verwaltung und die Empfänger unverhältnissmässige Mühe und Kosten verursacht werden. Zur Verminderung der letzteren wird die ausgedehnte Benützung zweckmässiger Formulare wesentlich beitragen, deren Schaffung der Praxis überlassen werden musste." (M.: 372, 373.) Dass nur derjenige Bestand zur Vertheilung verwendet werden darf, welcher nach Befriedigung oder Sicherstellung der bestehenden Masse-, Rückforderungs- und Absonderungsansprüche übrig bleibt, ist, wie auch in den Motiven hervorgehoben wurde, selbstverständlich, da es vor Befriedigung dieser Ansprüche eine Theilungsmasse nicht gibt. Die bevorrechtigten Konkursgläubiger (§ 54) haben keinen Anspruch darauf, vor den übrigen Gläubigern befriedigt zu werden. Aus Billigkeitsgründen gestattet jedoch § 157 dem Verwalter, an sie ausserhalb des eigentlichen Vertheilungsverfahrens Zahlung zu leisten.

2.

Ob eine Vertheilung vorzunehmen ist, hat zunächst der Verwalter zu entscheiden, der, wenn ein Gläubigerausschuss besteht, hiezu dessen Genehmigung bedarf, ausserdem aber seine Entscheidung ganz unabhängig zu treffen hat. Den Verwalter zur Vornahme einer Vertheilung zu nöthigen, liegt nicht in den Befugnissen des Gläubigerausschusses. „Vermöge der positiven Vorschrift des § 137 bleibt es jedoch dem Gericht unbenommen, in Ausübung seines allgemeinen Aufsichtsrechts (§§ 75, 76) gegen pflichtwidrige Verzögerungen einer Vertheilung disponibler Bestände durch den Verwalter mit Ordnungsstrafen einzuschreiten" (M.: 373, 374) und es kann sich der Gläubigerausschuss an das Gericht wenden, wenn eine solche Pflichtwidrigkeit vorliegt.

§ 139.

Vor der Vornahme einer Vertheilung hat der Verwalter ein Verzeichniss der bei derselben zu berücksichtigenden Forderungen auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Betheiligten niederzulegen und die Summe der Forderungen sowie den zur Vertheilung verfügbaren Massebestand öffentlich bekannt zu machen.

§ 140.

Konkursgläubiger, deren Forderungen nicht festgestellt sind und für deren Forderungen ein mit der Vollstreckungsklausel versehener Schuldtitel, ein Endurtheil oder ein Vollstreckungsbefehl nicht vorliegt, haben bis zum Ablaufe einer Ausschlussfrist von zwei Wochen nach der öffentlichen Bekanntmachung dem Verwalter den Nachweis zu führen, dass und für welchen Betrag die Feststellungsklage erhoben oder das Verfahren in dem früher anhängigen Prozesse aufgenommen ist. Wird der Nachweis nicht rechtzeitig geführt, so werden die Forderungen bei der vorzunehmenden Vertheilung nicht berücksichtigt.

§ 141.

Gläubiger, von welchen abgesonderte Befriedigung beansprucht wird, haben bis zum Ablaufe der Ausschlussfrist dem Verwalter den Nachweis ihres Verzichts oder ihres Ausfalls nach Massgabe des § 57 zu führen. Wird der Nachweis nicht rechtzeitig geführt, so werden die Forderungen bei der vorzunehmenden Vertheilung nicht berücksichtigt.

Zur Berücksichtigung bei einer Abschlagsvertheilung genügt es, wenn bis zum Ablaufe der Ausschlussfrist dem Verwalter der Nachweis, dass die Veräusserung des zur abgesonderten Befriedigung dienenden Gegenstandes betrieben ist, geführt und der Betrag des muthmasslichen Ausfalls glaubhaft gemacht wird.

§ 142.

Forderungen unter aufschiebender Bedingung werden bei einer Abschlagsvertheilung zu dem Betrage berücksichtigt, welcher auf die unbedingte Forderung fallen würde.

Bei der Schlussvertheilung findet ihre Berücksichtigung nur statt, sofern dem Verwalter bis zum Ablaufe der Ausschlussfrist der Eintritt der Bedingung nachgewiesen wird,

oder soweit der Gemeinschuldner zu einer Sicherheitsleistung verpflichtet war.

§ 143.

Gläubiger, welche bei einer Abschlagsvertheilung nicht berücksichtigt worden sind, können nachträglich, sobald sie die Vorschriften der §§ 140, 141 erfüllt haben, die bisher festgesetzten Prozentsätze aus der Restmasse verlangen, soweit diese reicht und nicht in Folge des Ablaufs einer Ausschlussfrist für eine neue Vertheilung zu verwenden ist.

§ 144.

Die Antheile, mit welchen Gläubiger nach Massgabe des § 141 Abs. 2 oder des § 142 Abs. 1 bei Abschlagsvertheilungen berücksichtigt worden sind, werden für die Schlussvertheilung frei, wenn bei dieser die Voraussetzungen des § 141 Abs. 1 oder des § 142 Abs. 2 nicht erfüllt sind.

§ 145.

Binnen drei Tagen nach dem Ablaufe der Ausschlussfrist hat der Verwalter die auf Grund der vorstehenden Bestimmungen erforderlichen Aenderungen des Verzeichnisses zu bewirken.

(E.: §§ 139—145. M.: 374—379. K.: 100—105. 178—183; pr. K.-O. §§ 241—255.)

I.

Aufstellung und Niederlegung des Verzeichnisses. — Bekanntmachung.
(§ 139.)

So oft eine Vertheilung stattfinden soll, muss der Verwalter, ehe dieselbe vorgenommen wird, ein Verzeichniss der Forderungen, welche nach seiner Auffassung hiebei berücksichtigt werden sollen, auf der Gerichtsschreiberei niederlegen und unter Angabe des verfügbaren, zur Vertheilung bestimmten Massebestandes die Summe der zu berücksichtigenden Forderungen öffentlich bekannt machen. „Der Zweck dieser Bekanntmachung ist: einen festen Boden für die Ausführung der Vertheilung zu gewinnen. Zugleich wird den mit der Anmeldung oder weiteren Verfolgung ihrer Rechte säumig gewesenen Gläubigern Anlass gegeben, das Versäumte nachzuholen, insbesondere die schleunige Prüfung nachträglich angemeldeter oder die prozessualische Geltendmachung bestrittener

Forderungen, sowie die raschere Erledigung anhängig gemachter Streitigkeiten, vielleicht auf dem Wege des Vergleiches oder Kompromisses, herbeizuführen. Die Angabe der disponiblen Theilungsmasse und der bereits theilnahmeberechtigten Forderungssumme befähigt Jeden zu der Prüfung, ob es für ihn räthlich ist, sich noch die Berücksichtigung bei der bevorstehenden Vertheilung zu sichern. Durch die Niederlegung desselben auf der Gerichtsschreiberei erhält jeder Gläubiger Gelegenheit, sich von seiner Berücksichtigung zu überzeugen, sowie von dem sonstigen Inhalt des Verzeichnisses Einsicht zu nehmen, und eintretenden Falles die Berichtigung desselben auf dem hiefür vorgeschriebenen Wege (§§ 146, 150) zu erwirken." (M.: 374.) Das Verzeichniss, welches auf Grundlage der Tabelle errichtet wird, und sich im einzelnen an diese anschliessen muss, hat sich natürlich nur auf die Konkursforderungen, nicht auf die Masseforderungen zu erstrecken, und es sind auch solche Forderungen, die bei der Vertheilung nicht berücksichtigt werden sollen, oder bereits bezahlt wurden, ausser Acht zu lassen. Bei jeder neuen Vertheilung ist auch ein neues Verzeichniss zu errichten; jedoch kann in demselben auf die früheren Verzeichnisse Bezug genommen werden.

II.

Forderungen, welche bei der Vertheilung zu berücksichtigen sind.

(§§ 140—142.)

1.

„Die §§ 140—142 stellen eine gesetzliche Frist von zwei Wochen auf für alle Gläubiger, welche für ihre zur Berücksichtigung bei der bevorstehenden Vertheilung noch nicht geeigneten Forderungen die Berechtigung zur Theilnahme erlangen wollen. Mit dem Ablauf dieses Zeitraumes, für welchen § 140 den Namen „Ausschlussfrist" einführt, soll sich mit absoluter Sicherheit übersehen lassen, wer von den Konkursgläubigern und zu welchem Betrage jeder derselben theilnahmeberechtigt ist. Es ist die wichtige Frage von der thatsächlichen Präklusion, welche für die Konkursgläubiger durch die §§ 140—142, für die Massegläubiger durch den § 159 entschieden wird." (M.: 374.)

2.

Durch § 140 wird die Frage geregelt, welchen Anforderungen jeder Konkursgläubiger innerhalb der Ausschlussfrist genügt haben muss, um bei der angekündigten Vertheilung (durch Auszahlung oder Zurückhalten der auf ihn treffenden Dividende) Berücksichtigung verlangen zu können. Ein derartiger Anspruch besteht zunächst für solche Forderungen, welche im Prüfungstermine oder mittelst eines Spezialprozesses festgestellt worden sind, oder für welche ein mit der Vollstreckungsklausel versehener Schuldtitel, ein Endurtheil oder ein Vollstreckungsbefehl vorliegt (§ 134 Abs. 6), ausserdem aber für solche geprüfte Forderungen, bezüglich deren rechtzeitig nachgewiesen wird, dass sie durch Erhebung der Feststellungsklage oder Aufnahme des bereits vor der Konkurseröffnung anhängigen Prozesses verfolgt worden sind. (§ 134 Abs. 1—3.) Von der angekündigten Vertheilung sind hienach ausgeschlossen diejenigen Forderungen, welche in dem allgemeinen Prüfungstermin nicht geprüft worden sind, und für

welche auch eine nachträgliche Prüfung innerhalb der Ausschlussfrist nicht stattgefunden hat, und zwar werden von dieser Ausschliessung auch solche Forderungen betroffen, für welche ein vollstreckbarer Titel vorliegt, wenn sie innerhalb der Ausschlussfrist zwar angemeldet, aber noch nicht geprüft worden sind. Dies ergibt sich mit Bestimmtheit aus den Motiven. Die pr. K.-O. (§ 254) hatte alle nicht geprüften Forderungen ausdrücklich ausgeschlossen, und es sollte von diesem Grundsatz in der K.-O. sicherlich nicht abgewichen werden.[1]) Bezüglich der noch nicht geprüften Forderungen wurde übrigens in den Motiven (375) bemerkt, dass, soweit nach der Bekanntmachung einer bevorstehenden Vertheilung die alsdann noch nicht geschehene Prüfung nachträglich angemeldeter Forderungen noch der K.-O. überhaupt noch erfolgen könne (v. §§ 68, 90, 130), kein Gericht dem dessfallsigen Antrage eines Gläubigers Hindernisse in den Weg legen werde. Weiter sind ausgeschlossen die zwar geprüften, aber bei der Prüfung streitig gebliebenen Forderungen, hinsichtlich deren der zur Feststellung erforderliche Rechtsstreit nicht eingeleitet, bezw. aufgenommen worden ist. Bezüglich der streitig gebliebenen Forderungen ist der Umstand von Bedeutung, ob dem Gläubiger die Betreibung der Feststellung obliegt (§ 134 Abs. 1—3), oder ob der Widersprechende den Widerspruch zu verfolgen hat. (§ 134 Abs. 6.) „In dem letzeren Falle muss die Berücksichtigung der Forderung stattfinden, bis der Widersprechende mit dem Widerspruch durchgedrungen ist. Wenn und solange er die Verfolgung unterlässt, steht die Forderung hinsichtlich der Vertheilungen einer festgestellten Forderung gleich. Verfolgt er den Widerspruch durch Erhebung der Klage oder durch Aufnahme des bereits zur Zeit der Eröffnung des Konkurses anhängigen Verfahrens oder in der sonst geeigneten Weise, so wird die Berücksichtigung der Forderung hiedurch nicht ausgeschlossen, sondern nur eine Zurückbehaltung der bei den Vertheilungen auf dieselbe fallenden Beträge erforderlich. Dagegen kann, wenn der Gläubiger die Feststellung der streitig gebliebenen Forderung zu betreiben hat, für diese eine Berücksichtigung nicht beansprucht werden, sofern der Gläubiger nicht das Seinige gethan hat, um die Feststellung zu erwirken.“ (M.: 375, 376.) Wird der in dieser Beziehung erforderliche Beweis erbracht, so wird die Forderung bei der Vertheilung berücksichtigt, der auf den Gläubiger treffende Betrag aber bis zur endgültigen Entscheidung über die Feststellungsklage zurückgehalten. (§ 155.) Wird der Nachweis nicht geliefert, so wird die Forderung bei der demnächstigen Vertheilung nicht berücksichtigt. Nach § 143 kann aber die verlorene Dividende nachträglich verlangt werden, soweit die Masse hiezu ausreicht. (Bem. III.) Dass ein besonderer Nachweis nicht erfordert wird, wenn der Verwalter in dem Rechtsstreit selbst Partei ist, wurde in den Motiven (376) mit Recht als selbstverständlich bezeichnet.

3.

Den Vorschriften, welche die §§ 141 und 142 hinsichtlich der eine abgesonderte Befriedigung beanspruchenden Gläubiger, sowie der aufschiebend

[1]) V. von Sarwey § 140 Bem. 1 S. 594, 595 und Hullmann ebendas. Bem. 3 S. 290. A. M. ist Völderndorff § 140 Bem. a. Bd. II. S. 375.

bedingten Forderungen enthalten, liegen die Bestimmungen der §§ 57 und 60 zu Grund. Es ist desshalb auf die Erläuterungen zu diesen §§ zu verweisen. Ist die Forderung, für welche das Absonderungsrecht in Anspruch genommen wird, streitig geblieben, so kommt neben § 141 zugleich § 140 zur Anwendung. Ebenso können neben § 142 zugleich die §§ 140 und 141 Anwendung finden, wenn die bedingte Forderung bei der Prüfung streitig geblieben ist, oder bezüglich derselben ein Absonderungsanspruch geltend gemacht wird. Hinsichtlich der aufschiebend bedingten Forderung findet, solange der Eintritt der Bedingung nicht nachgewiesen ist, stets eine Zurückhaltung der Dividende statt. (§ 155 Nr. 2.) Die Forderung des Absonderungsberechtigten wird, sofern der Verzicht auf den Absonderungsanspruch oder der wirkliche Ausfall innerhalb der Ausschlussfrist (Bem. II. 1) nachgewiesen wird, wie eine andere festgestellte Konkursforderung berücksichtigt. Auch der Nachweis des Verzichts ist nach der bestimmten Vorschrift des Gesetzes dem Verwalter, nicht dem Gericht zu liefern.[1]) Eine Zurückhaltung der Dividende findet statt, wenn dieser Nachweis nicht geliefert worden ist, aber nachgewiesen wurde, dass die Veräusserung des zur abgesonderten Befriedigung dienenden Gegenstands betrieben ist, und der Betrag des muthmasslichen Ausfalls glaubhaft gemacht wurde (§§ 141 und 155 Nr. 3). Dass der Gläubiger selbst die Veräusserung betreibt, ist nicht nothwendig. Vielmehr genügt es auch, dass der Verwalter die Veräusserung (gemäss §§ 116, 117) in die Hand genommen hat und ist in diesem Falle ein besonderer Nachweis nicht erforderlich. (V. Bem. II. 2.)[2]) In den Fällen, in welchen der Absonderungsberechtigte befugt ist, sich aus dem Gegenstande ohne gerichtliches Verfahren zu befriedigen, bedarf es natürlich nicht des Nachweises, dass eine Zwangsveräusserung betrieben wird, sondern muss es genügen, dass der Absonderungsberechtigte solche Handlungen vorgenommen hat, welche die Herbeiführung der Veräusserung zum Gegenstande haben, z. B. dass er Auftrag gegeben hat, die Sache zu verkaufen. Der Umstand, dass dem Absonderungsberechtigten gemäss § 117 Abs. 2 eine Frist gesetzt wurde, innerhalb deren er den Gegenstand zu verwerthen hat, kann aber nicht hinreichen.[3])

Hat der Absonderungsberechtigte innerhalb der für die Schlussvertheilung laufenden Ausschlussfrist die Verwerthung des Gegenstands der Absonderung nicht bewirkt und den sich für ihn ergebenden Ausfall nicht nachgewiesen, so

[1]) V. von Sarwey § 141 Bem. 2 S. 599. A. M. ist von Völderndorff § 141 Bem. b. Bd. II. S. 379 ff.

[2]) V. von Völderndorff § 141 Bem. e. Bd. II. S. 381; von Sarwey ebendas. Bem. 6. S. 600.

[3]) V. von Völderndorff § 141 Bem. e. Bd. II. S. 381; von Sarwey ebendas. Bem. 6 S. 600. Letzterer hält den Antrag auf Bestimmung einer Frist zur Veräusserung aus freier Hand für genügend, weil es ein anderes Mittel zur Betreibung der Veräusserung nicht gebe. Dieser Ansicht kann aber nicht zugestimmt werden. Will der Absonderungsberechtigte sofort veräussern, so bedarf es einer Frist überhaupt nicht. Darin, dass der Verwalter ihn hiezu drängt und ihm eine Frist setzen lässt, ist aber noch kein Betreiben der Veräusserung zu finden.

kann er für diesen aus der Konkursmasse keine Befriedigung erhalten. Dieser Grundsatz wurde zwar in der Reichstagskommission lebhaft bekämpft. Die Anträge, nach welchen der bei den Abschlagsvertheilungen zurückbehaltene Betrag auch bei der Schlussvertheilung noch zurückbehalten werden sollte, wurden aber abgelehnt. (K.: 100—104, 178—183.)

III.

Nachträgliche Beseitigung des Ausschlusses oder der erfolgten Berücksichtigung. — Endgültige Feststellung des Verzeichnisses.

(§§ 143—145.)

1.

„Der § 143 bringt das System zum Abschluss, welches die K.-O. an die Stelle des gemeinrechtlichen Präklusionsverfahrens setzt. Die formelle und absolute Präklusion soll durch eine nur thatsächliche und relative Ausschliessung ersetzt werden, wie sie nothwendig ist, damit die Abwicklung des Konkurses in festen Bahnen fortschreiten kann. Desshalb beschränken sich die §§ 140 bis 142 und in Betreff der Massegläubiger der § 159 darauf, die einmal zur Vertheilung angewiesenen Beträge vor jedem späteren Angriff, die berücksichtigten Konkursgläubiger vor jeder Rückforderung zu sichern, gleichviel von wem dieselbe ausgeht und unter welchem Rechtstitel sie auftritt." (M.: 376.) Dass die Ausschliessung der nicht rechtzeitig und vorschriftsmässig geltend gemachten Masseansprüche sich nur auf die jedesmal zur Vertheilung an die Konkursgläubiger erforderlichen oder bestimmten Summen bezieht, ist in § 159 ausdrücklich gesagt. „Für sie ergibt sich daraus die Nothwendigkeit voller Befriedigung aus der Restmasse, sobald sie den gesetzlichen Bedingungen genügt haben." (M.: 376.) Dasselbe gilt, wie in den Motiven (a. a. O) ausgeführt wurde, schon vermöge der Natur der Sache für Aussonderungs- und Absonderungsberechtigte. (Vorbem. 2 zu §§ 35 ff. und Bem. II. 3 zu § 3.) Solange der Gegenstand selbst, auf welchen sich der Aussonderungs- oder Absonderungsanspruch bezieht, in der Masse noch vorhanden ist, eignet sich derselbe nicht dazu, als Objekt einer Vertheilung mit in Betracht zu kommen. „Befindet sich derselbe aber, sei es, weil er von dem Verwalter versilbert wurde, oder in Folge einer anderweitigen Ursache nicht in der Masse, so kann derjenige, der die Aussonderung oder abgesonderte Befriedigung hätte beanspruchen können, sofern ihm den Konkursgläubigern gegenüber überhaupt ein Anspruch verblieben ist, seine Ansprücke nur als Massegläubiger oder unter Umständen als Konkursgläubiger geltend machen, so dass dann die in Rede stehenden Vorschriften auf ihn gleichfalls Anwendung finden." (M.: 376.) Bezüglich der Frage, wie die vorläufig ausgeschlossenen Konkursgläubiger bei der Verfügung über die später flüssig werdenden Mittel zu behandeln seien, kamen bei Aufstellung des Entwurfs drei Systeme in Betracht, nämlich:

„1. die unbedingte Präklusion auf Höhe aller früheren Dividenden;

2. die vollständige Nachzahlung aller früheren Dividenden nach Massgabe der vorhandenen Masse;

3. die ausschliessliche Zulassung bei späteren Vertheilungen, jedoch mit der Begünstigung, dass bei ihnen der volle Betrag, bei den schon früher berück-

sichtigten Forderungen nur der nach Abzug des Empfangenen verbleibende Rest der Dividendenberechnung zu Grunde gelegt wird." Während die pr. K.-O. sich für das dritte System entschieden hat, wurde in der K.-O. der in Nr. 2 aufgestellte Grundsatz angenommen, was in den Motiven (376—378) ausführlich gerechtfertigt worden ist. Es brauchen sonach die bei einer Vertheilung ausgeschlossenen Gläubiger nicht eine neue Vertheilung abzuwarten, sondern können, soweit die vorhandenen Mittel reichen, sobald sie die Vorschriften der §§ 140, 141 erfüllt haben, nachträgliche Bezahlung der Dividende verlangen, welche sie erhalten haben würden, wenn sie den gesetzlichen Vorschriften schon vor Ablauf der Ausschlussfrist genügt gehabt hätten. Von Amtswegen wird dieser Anspruch natürlich nicht berücksichtigt; vielmehr muss die nachträgliche Zuweisung ausdrücklich verlangt werden. „Ob dem Antrage ohne Weiteres stattzugeben oder eine neue Vertheilung abzuwarten ist, hängt von den Umständen ab.[1]) Wenn die augenblicklich disponible Masse für eine neue allgemeine Vertheilung nicht ausreichen und eine solche nicht füglich abzuwarten sein sollte, zugleich aber die Besorgniss vorliegt, auf die Restmasse nicht präkludirte Massegläubiger (§ 159) durch Zuweisung der nachträglichen Dividende zu verkürzen, so wird es nicht unzulässig sein, derselben nach Analogie des § 139 eine Bekanntmachung vorhergehen zu lassen, um Regresse und Kondiktionen seitens dieser Gläubiger zu vermeiden. Reicht bei gleichzeitigem Andringen mehrerer nachträglich zu berücksichtigender Konkursgläubiger die vorhandene Restmasse zur vollen Befriedigung Aller nicht aus, so muss eine Vertheilung pro rata bezw. nach der Rangordnung des Gesetzes eintreten. Bevorrechtigten Forderungen gebührt natürlich nicht nur der den übrigen zugewiesene Prozentsatz, sondern der volle Betrag.[2])

[1]) Von Völderndorff bemerkt zwar (§ 143 Bem. e. Bd. II. S. 388), die Bemerkung der Motive lasse sich nicht halten. Der Verwalter könne die verspäteten Gläubiger niemals auf eine Nachvertheilung vertrösten, sondern müsse zahlen, wenn Baargeld vorhanden sei. Diese Gläubiger haben aber nicht wie die Massegläubiger einen Anspruch auf sofortige Zahlung, sondern nur darauf, dass die Nachzahlung an sie vorgenommen werde, ehe eine neue Vertheilung erfolgt. Ist es, um bemessen zu können, ob die Mittel zur nachträglichen Zahlung vorhanden sind, nothwendig, eine Vermögensübersicht aufzustellen oder erweist es sich sonst als angemessen, eine neue Vertheilung abzuwarten, bei welcher auch andere verspätete Gläubiger auftreten und Einwendungen gegen die Ansprüche der in Frage stehenden Gläubiger erhoben werden können (§ 146), so müssen dieselben sich dies gefallen lassen. V. auch von Sarwey § 143 Bem. 2 S. 605.

[2]) Die Ansicht von Hullmann (§ 143 Bem. 4 S. 292), dass durch die „Priorität des Verlangens" ein Vorrang begründet werde, und zwar auch für einen nicht bevorrechtigten Gläubiger gegenüber einem bevorrechtigten, kann nicht als richtig angesehen werden. Im Gesetz selbst ist von einer Priorität gar nicht die Rede, und in den Motiven soll offenbar nur gesagt werden, dass die Gläubiger, welche aus der Restmasse auf Grund des § 143 Nachzahlung verlangen, sich einen verhältnissmässigen Abzug gefallen lassen müssen, wenn die vorhandenen Mittel nicht zur Befriedigung aller gleichzeitig vorhandenen Gläubiger ausreichen. Dass ein Gläubiger, weil er seinen Anspruch einen Tag früher anmeldet, desshalb den in ganz gleicher Lage befindlichen

Zur Restmasse im Sinne des § 143 gehören übrigens auch die aus einer früheren Abschlagsvertheilung etwa zurückfliessenden oder frei werdenden Beträge (§§ 144, 153), da eine Präklusion nur auf Höhe des zur Auszahlung der festgesetzten Prozentsätze erforderlichen Bestands eingetreten ist, die spätere Erhöhung dieser Prozentsätze daher von Niemanden verlangt werden kann.“ (M.: 378.)

2.

Die Vorschrift des § 144 ist lediglich eine Folgerung aus den in den §§ 141 und 142 aufgestellten Grundsätzen. Da die in diesen §§ aufgeführten Gläubiger ihrer Ansprüche auf die Konkursmasse verlustig werden, wenn sie nicht vor Ablauf der Ausschlussfrist, welche der Schlussvertheilung vorhergeht, die in § 141 Abs. 1 bezw. § 142 Abs. 2 vorgeschriebenen Nachweise erbracht haben, so ergibt sich daraus, dass die für sie zurückgehaltenen Gelder anderweitig verwendet werden können, sobald die Verlustigung eingetreten ist.

3.

Mit dem Ablauf der Ausschlussfrist tritt für die Vertheilung, um deren Vornahme es sich handelt, die thatsächliche Ausschliessung der Forderungen ein, welche entweder noch gar nicht geprüft worden, oder bezüglich deren die in den §§ 140—142 vorgeschriebenen Nachweise dem Verwalter nicht beigebracht worden sind. Erst jetzt ist der Verwalter in der Lage, das für die Vertheilung massgebende Verzeichniss festzustellen. „Zu diesem Zwecke hat er die in Folge der geführten Nachweise erforderlich gewordenen Aenderungen des Verzeichnisses und selbstverständlich auch diejenigen Aenderungen vorzunehmen, welche zur Berichtigung eines zum Vorschein gekommenen thatsächlichen Irrthums dienen. Dass auch das abgeänderte Verzeichniss auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen ist, ergibt sich aus § 139. Durch die Niederlegung wird wiederum jedem Gläubiger ermöglicht, von dem Inhalt desselben Einsicht zu nehmen und seine etwaigen Erinnerungen geltend zu machen.“ (M.: 379.) Die Aenderungen, welche der Verwalter an dem Verzeichniss vorzunehmen hat, können sowohl darin bestehen, dass Gläubiger, welche die erforderlichen Nachweise nicht geliefert haben, beseitigt, als darin, dass andere, deren Forderungen inzwischen geprüft oder unstreitig wurden, nachträglich in das Verzeichniss aufgenommen werden. An dem zur Vertheilung bestimmten Massebestand darf nichts mehr geändert werden. Vielmehr ist bezüglich desselben die gemäss § 139 bewirkte Bekanntmachung entscheidend. (Bem. 2 zu § 146 ff.) Der Verwalter ist verpflichtet, die erforderlichen Aenderungen binnen drei Tagen zu bewirken. Wenn er dieser Verpflichtung zuwidergehandelt und die Frist versäumt hat, setzt er sich nicht bloss einer Ordnungsstrafe aus, sondern er verliert auch die Befugniss, nun noch seinerseits Aenderungen an dem auf der Gerichtsschreiberei hinterlegten Verzeichniss vorzunehmen. Dies ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt, aber es ergibt sich aus der Vor-

Gläubiger ausschliessen soll, entspricht auch keineswegs dem Geiste des Gesetzes. Solange ein Gläubiger Zahlung nicht erhalten hat, muss er es sich gefallen lassen, dass seine Forderung durch gleichberechtigte Ansprüche anderer Gläubiger beschränkt wird. V. auch von Sarwey a. a. O. S. 604 und 605.

schrift des § 146. Den Konkursgläubigern, welche das Verzeichniss nach Ablauf der dreitägigen Frist eingesehen haben, steht ein Recht darauf zu, dass dasselbe nicht noch nachträglich geändert wird. Endgültig wird das Verzeichniss allerdings erst nach Ablauf der Einwendungsfrist (§ 146) bezw. erst im Schlusstermin (§ 150) festgestellt. Nach Ablauf der im § 145 festgesetzten dreitägigen Frist können jedoch Aenderungen nur vom Gericht angeordnet werden. (V. auch Bem. 1 zu §§ 146 ff.) Sache des Gerichtsschreibers ist es, darüber zu wachen, dass keine nachträglichen Aenderungen mehr vorgenommen werden.[1])

§ 146.

Bei einer Abschlagsvertheilung sind Einwendungen gegen das Verzeichniss bis zum Ablaufe einer Woche nach dem Ende der Ausschlussfrist bei dem Konkursgerichte zu erheben.

Das Gericht entscheidet über die Einwendungen. Die Entscheidung, durch welche eine Berichtigung des Verzeichnisses angeordnet wird, ist auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen. Die Beschwerdefrist beginnt mit dem Tage, an welchem die Niederlegung der Entscheidung erfolgt ist.

§ 147.

Für eine Abschlagsvertheilung bestimmt der Verwalter und, wenn ein Gläubigerausschuss bestellt ist, dieser auf Antrag des Verwalters den zu zahlenden Prozentsatz.

Der Verwalter hat den Prozentsatz den berücksichtigten Gläubigern mitzutheilen.

§ 148.

Das Gericht kann auf Antrag des Gemeinschuldners, wenn derselbe einen Zwangsvergleich vorgeschlagen hat, die Aussetzung einer Abschlagsvertheilung anordnen, sofern nicht schon die Ausschlussfrist abgelaufen ist.

(E.: §§ 146—148. M.: 379. 380. K.: 105—107. 183.)

1) V. auch Hullmann § 145 Bem. 1 S. 293 und von Sarwey ebendas. Bem. 1 S. 607. A. M. sind von Völderndorff (§ 145 Bem. a. Bd. II. S. 393) und Wengler (ebendas. Bem. 2 S. 579 ff.), welche behaupten, die Aenderungen könnten auch später noch im Verzeichniss eingetragen werden. Dass dies unzulässig ist, ergibt sich auch daraus, dass sonst ein Gläubiger kurz vor Ablauf der Einwendungsfrist gestrichen werden könnte, ohne hievon etwas zu erfahren, und dass er, wenn er hievon Kenntniss erhielte, nicht mehr in der Lage wäre, seine Rechte zu wahren.

1.

Die §§ 146—148 regeln das Verfahren bei Abschlagsvertheilungen. In § 146 wird bestimmt, in welcher Weise Einwendungen gegen das vom Verwalter aufgestellte Verzeichniss erhoben werden können. „Da die in § 145 erwähnten Erinnerungen meist einfachen thatsächlichen Inhalts sein und in der Regel nur die Befolgung oder Nichtbefolgung der für das Vertheilungsverfahren ertheilten Vorschriften betreffen werden", wurde die Beschreitung des Prozesswegs zur Verfolgung dieser Einwendungen ausgeschlossen. (M.: 379.) Dagegen erschien es mit Rücksicht auf die Gefahr, dass die zur Zeit der Schlussvertheilung vorhandene Masse häufig nicht ausreichen werde, um die bei Abschlagsvertheilungen vorgekommenen Irrthümer oder Unregelmässigkeiten noch ausgleichen zu können, als bedenklich, bei Abschlagsvertheilungen die Erledigung von Erinnerungen lediglich dem Verwalter oder etwa dem Gläubigerausschuss zu überlassen. „Das Gesetz befasst desshalb zwar im Uebrigen das Gericht nicht mit einer Mitwirkung bei den Abschlagsvertheilungen, lässt aber in § 146 die Erhebung von Einwendungen gegen das Verzeichniss bei demselben zu. Die zur Geltendmachung derselben gesetzte Frist berücksichtigt die im § 145 dem Verwalter zur Pflicht gemachte Ergänzung des Verzeichnisses." (M.: 379.) In der Reichstagskommission wurde ein Antrag von Hullmann, nach welchem Einwendungen erst bezüglich der Schlussvertheilung zulässig sein sollten, abgelehnt. (K.: 105, 106.)

Die in Frage stehenden Einwendungen, welche nur den Konkursgläubigern, nicht etwa auch den Massegläubigern und dem Gemeinschuldner zustehen, können sich sowohl gegen das ursprünglich aufgestellte Verzeichniss als gegen die vom Verwalter nach § 145 vorgenommenen Abänderungen beziehen, und sowohl die Nichtberücksichtigung des die Einwendung erhebenden, als die Berücksichtigung eines änderen Gläubigers zum Gegenstand haben. Die Entscheidung des Konkursgerichts kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen, und es findet gegen dieselbe „sofortige Beschwerde" statt. (§ 66, M.: 379.) In der Reichstagskommission (106) bemerkte Regierungsrath Hagens, ohne Widerspruch zu erfahren: „Der Entwurf wolle nicht, dass die Abschlagsvertheilung bis zur Erledigung aller Einwendungen ausgesetzt werde; derselbe überlasse vielmehr die Anordnung hierüber dem freien richterlichen Ermessen." Auch entspricht diese Auffassung den Bestimmungen des § 535 C.-P.-O., welche hier massgebend sind. Die Vorschrift des Abs. 2, nach der die Entscheidungen, durch welche eine Berichtigung des Verzeichnisses angeordnet wird, auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen sind, muss auch auf die Beschlüsse des Beschwerdegerichts Anwendung finden. Die Entscheidung, durch welche eine Einwendung zurückgewiesen wird, ist dem betr. Gläubiger von Amtswegen zuzustellen, und es läuft die Frist für die weitere Beschwerde (§ 531 C.-P.-O.) vom Tage der Zustellung an.

2.

„Nach dem Ablauf der in § 146 Abs. 1 bestimmten Frist oder nach endgültiger Entscheidung über die innerhalb desselben erhobenen Einwendungen steht mit völliger Sicherheit der Kreis der theilnahmeberechtigten Konkurs-

gläubiger und der zu berücksichtigende Betrag jeder Forderung fest. Mit gleicher Zuverlässigkeit lässt der Betrag des für die Vertheilung verwendbaren Betrags des Massebestands sich bestimmen, da nach § 159 Masseansprüche, welche bis zur Festsetzung des Prozentsatzes nicht zur Kenntniss des Verwalters gelangt sind, nicht auf den zur Auszahlung des festgesetzten Prozentsatzes erforderlichen Massebestand geltend gemacht werden können. Die Festsetzung des zu zahlenden Prozentsatzes ist demnach eine durchaus einfache Rechnungsoperation. Bei Abschlagszahlungen ist es nicht erforderlich, ängstlich darauf Bedacht zu nehmen, den ganzen verfügbaren Bestand bis auf die letzte Mark zur Vertheilung zu bringen. Dem Zweck entspricht ein annähernd passender Prozentsatz, möglichst in runder Zahl, welcher eine rasche Berechnung der Dividende jedes einzelnen Gläubigers gestattet. Die Bestimmung des Prozentsatzes soll nach § 147 durch den Verwalter und, wenn ein Gläubigerausschuss bestellt ist, durch diesen auf Antrag des Verwalters erfolgen. Dieselben haben sich auf die Vertheilnng des nach Inhalt der öffentlichen Bekanntmachung (§ 139) verfügbaren Bestandes der Masse zu beschränken. Die Verwendung des inzwischen etwa eingetretenen Zuwachses der Masse zur Vertheilung würde dem Präjudiz der §§ 140, 141, 159 eine ungebührliche Tragweite geben. Die Mittheilung des Prozetsatzes (§ 147 Abs. 2) soll die berücksichtigten Gläubiger in den Stand setzen, nunmehr die ihnen gebührende Dividende zu erheben." (M.: 379, 380.)

Während nach dem Gesagten nicht mehr als der gemäss § 139 bekannt gemachte Massebestand vertheilt werden darf, ist es keineswegs erforderlich, dass dieser ganze Betrag vertheilt wird. Vielmehr hat der Verwalter, bezw. der Gläubigerausschuss, erst nachdem die Summe der zu berücksichtigenden Forderungen festgestellt ist, zu bestimmen, welcher Betrag auf dieselben zu vertheilen ist. Eine Schmälerung des zu vertheilenden Bestands kann zunächst durch Masseansprüche bewirkt werden, welche erst nach der Bekanntmachung zur Kenntniss des Verwalters gelangt sind. Es kann aber die Zurückhaltung eines grösseren Betrags auch dann gerechtfertigt sein, wenn der Verwalter sich bezüglich des zur Vertheilung verfügbaren Betrags geirrt hat. Die Gläubiger haben kein Recht darauf, dass der ganze, zur Vertheilung vorläufig in Aussicht genommene Betrag auch wirklich vertheilt werde.[1]) Besteht ein Gläubigerausschuss, so kann derselbe beschliessen, dass weniger vertheilt werde, als der Verwalter beantragt hat. Derselbe wird aber nicht berechtigt sein, über dessen Antrag hinauszugehen und die Vertheilung einer höheren als der beantragten Summe zu verfügen.[2]) Was die Mittheilung an die berücksichtigten Gläubiger anbelangt, so braucht dieselbe nicht durch eine förmliche Zustellung zu erfolgen, sondern es genügt eine briefliche Mittheilung. Diese muss aber an jeden berücksichtigten Gläubiger

[1]) V. von Sarwey § 147 Bem. 1 S. 612.

[2]) V. von Wilmowski § 147 Bem. 2 S. 281. Im Entwurf zu einer Gemeinschuld-Ordnung war vorgeschlagen, dass der Gläubigerausschuss „nach Anhörung des Verwalters" den Prozentsatz festsetzen solle. Dafür wurde aber die jetzige Fassung gewählt.

persönlich gerichtet werden. Eine öffentliche Bekanntmachung ist weder nothwendig noch gerechtfertigt.[1])

3.

Die Vorschrift des § 148 hat den Zweck, den Ablschluss eines Zwangsvergleichs zu erleichtern. In der Reichstagskommission (§§ 106, 107) wurde von Regierungsrath Hagens konstatirt: „dass unter dem Vorschlage eines Zwangsvergleichs ein gemäss § 161 substantiirter Vorschlag zu verstehen sei.“ Auch ist es selbstverständlich, dass die Aussetzung nicht auf Grund eines Vorschlags erfolgen kann, welcher nach § 162 unzulässig ist. Im Uebrigen steht es im Ermessen des Gerichts, ob es die Aussetzung anordnen will. Dem Verwalter bezw. dem Gläubigerausschuss steht, wenn einmal die Bekanntmachung einer bevorstehenden Vertheilung erfolgt ist, nicht die Befugniss zu, dieselbe mit Rücksicht auf einen zu erwartenden Zwangsvergleich einzustellen.[2])

§ 149.

Die Schlussvertheilung erfolgt, sobald die Verwerthung der Masse beendigt ist.

Die Vornahme der Schlussvertheilung unterliegt der Genehmigung des Gerichts.

§ 150.

Zur Abnahme der Schlussrechnung, zur Erhebung von Einwendungen gegen das Schlussverzeichniss und zur Beschlussfassung der Gläubiger über die nicht verwerthbaren Vermögensstücke bestimmt das Gericht einen Schlusstermin, welcher nicht unter drei Wochen und nicht über einen Monat hinaus anzuberaumen ist.

Die Bestimmungen des § 146 Abs. 2 finden auf die Schlussvertheilung Anwendung.

§ 151.

Nach der Abhaltung des Schlusstermins beschliesst das Gericht die Aufhebung des Konkursverfahrens. Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt.

[1]) V. von Wilmowski § 147 Bem. 3 S. 281; von Sarwey ebendas. Bem. 2 S. 613; von Völderndorff ebendas. Bem. c. Bd. II. S. 400; Hullmann § 147 Bem. 4 S. 295. Letzterer bemerkt, eine öffentliche Bekanntmachung genüge nicht, sie möge aber in grösseren Konkursen nebenher räthlich sein. Mit Rücksicht auf die entstehenden Kosten wird sich jedoch eine derartige Bekanntmachung kaum rechtfertigen lassen.

[2]) V. von Sarwey § 148 Bem. 2 S. 614. A. M. ist von Völderndorff ebendas. Bem. a. Bd. II. S. 401. Aus dem von demselben angezogenen § 154 ergibt sich aber eine solche Befugniss nicht.

Der Beschluss und der Grund der Aufhebung sind öffentlich bekannt zu machen.

Die Vorschriften der §§ 103 Abs. 2, 104, 106 finden entsprechende Anwendung.

§ 152.

Nach der Aufhebung des Konkursverfahrens können die nicht befriedigten Konkursgläubiger ihre Forderungen gegen den Schuldner unbeschränkt geltend machen.

Für die Gläubiger, deren Forderungen festgestellt und nicht von dem Gemeinschuldner im Prüfungstermine ausdrücklich bestritten worden sind, findet gegen den Schuldner aus der Eintragung in die Tabelle die Zwangsvollstreckung unter entsprechender Anwendung der §§ 662—701 der Civilprozessordnung statt.

Für Klagen auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel, sowie für Klagen, durch welche die die Forderung selbst betreffenden Einwendungen geltend gemacht werden, oder der bei der Ertheilung der Vollstreckungsklausel als bewiesen angenommene Eintritt der Thatsache, von welcher die Vollstreckung aus der Eintragung in die Tabelle abhängt, oder die als eingetreten angenommene Rechtsnachfolge bestritten wird, ist das im § 134 Abs. 2 dieses Gesetzes bezeichnete Gericht zuständig.

(E.: §§ 149—152. M.: 380—386. K.: 107. 108. 183.)

I.
Vornahme der Schlussvertheilung.
(§ 149.)

1.

„Sobald die Verwerthung der realisirbaren Masse beendigt ist, muss ohne Verzug zur Schlussvertheilung geschritten werden. Man braucht hiezu nicht die Erledigung aller Spezialprozesse über streitige Konkursforderungen abzuwarten, da für letztere unter den Voraussetzungen des § 140 durch Zurückbehaltung entsprechender Beträge gesorgt wird und der Gemeinschuldner nach bewirkter Liquidation seines Aktivermögens ein Recht darauf hat, nicht länger durch die Streitigkeiten der Theilungsinteressenten an der Wiederaufnahme seiner freien Erwerbsthätigkeit gehindert zu werden.“ (M.: 380.) Dass die Unverkäuflichkeit einzelner zur Masse gehöriger Gegenstände der Vornahme der

Schlussvertheilung nicht im Wege steht, ergibt sich aus § 150. (Bem. II. 2.) Handelt es sich um Gegenstände, welche nur vorläufig nicht verwerthet werden können, oder bezüglich deren ein Prozess anhängig ist, so wird übrigens, wenn ein erheblicher Werth in Frage steht, die Schlussvertheilung aufzuschieben sein, da die nicht verwertheten Gegenstände nach der Aufhebung des Konkursverfahrens dem Gemeinschuldner zufallen, eine Nachtragsvertheilung bezüglich derselben sonach nicht stattfinden kann. (Bem. zu § 153.)

2.

Die Schlussvertheilung unterscheidet sich wesentlich von den blossen Abschlagsvertheilungen; es musste desshalb für dieselbe ein besonderes Verfahren vorgeschrieben werden. „Da sie unmittelbar zur Beendigung des gemeinschaftlichen Verfahrens führen soll (§ 151), so involvirt sie eine definitive und nicht wieder zu heilende thatsächliche Präklusion aller bis dahin nicht nach Vorschrift des Gesetzes geltend gemachten Ansprüche und Forderungen gegenüber der Konkursmasse. Es würde bedenklich gewesen sein, eine solche Präklusion lediglich dem Befinden der Interessenten zu überlassen.“ (M.: 380.) Die Vornahme der Schlussvertheilung ist desshalb von der Genehmigung des Gerichts abhängig gemacht, „ohne welche die im § 139 vorgeschriebene Bekanntmachung mit rechtlicher Wirkung nicht erfolgen kann.“ (M.: a. a. O.) Wenn ein Gläubigerausschuss bestellt ist, hat der Verwalter gemäss der Vorschrift des § 138, welcher sich auf alle Vertheilungsarten erstreckt, zunächst dessen Genehmigung und, wenn diese ertheilt wird, die des Gerichts einzuholen. Wird die Genehmigung von Seite des Gerichts versagt, so steht dem Verwalter bezw. dem Gläubigerausschuss gegen die Entscheidung die sofortige Beschwerde zu. Wird die Genehmigung ertheilt, so wird den Gläubigern, welche hiedurch in ihren Interessen verletzt werden, das Recht der Beschwerde zustehen. Ob der Gemeinschuldner gegen die Entscheidung des Gerichts Beschwerde erheben kann, ist zweifelhaft, doch wird die Frage zu bejahen sein, da die Interessen desselben durch den Beschluss unmittelbar berührt werden.[1]) Will der Verwalter eine Schlussvertheilung nicht vornehmen, so kann das Gericht dieselbe nicht unmittelbar anordnen, wohl aber gegen den Verwalter auf Grund des § 76 vorgehen, wenn er die Vertheilung pflichtwidrig verzögert. Das Verfahren bei der Schlussvertheilung ist insofern dasselbe, wie bei den Abschlagsvertheilungen, als der Verwalter das Verzeichniss der Gläubiger in der nämlichen Weise anzufertigen und zu berichtigen hat, wie es dort geschieht, und die Bekanntmachung der Vertheilung in derselben Weise (gemäss § 139) erfolgt. Dagegen tritt an die Stelle der Einwendungsfrist des § 146 und des in demselben geregelten Verfahrens die durch § 150 vorgeschriebene Verhandlung im Schlusstermin. (Bem. II.)

II.

Schlusstermin.

(§ 150.)

1.

Auch wenn das Gericht die Vornahme der Schlussvertheilung genehmigt hat, kann dieselbe nicht ohne Weiteres, wie in den Fällen des § 147, ausgeführt

[1]) V. v. Völderndorff § 151 Bem. d. Bd. II. S. 412; v. Sarwey § 149 Bem. 4 S. 616 ff.

werden. „Die mit der Schlussvertheilung eintretende faktische Unmöglichkeit. vorgekommene Irrthümer und Unregelmässigkeiten innerhalb des Verfahrens wieder auszugleichen, macht es erforderlich, die Ausführung der früheren Vertheilungen, sowie die ganze Rechnungsführung des Verwalters vorher einer abschliessenden Revision zu unterziehen und danach den Kreis der nach gegenwärtiger Sachlage noch zu berücksichtigenden Forderungen sowohl wie den Bestand der Restmasse endgültig festzustellen.“ (M.: 380.) Desshalb soll die Ausführung der Schlussvertheilung zunächst durch die Verhandlung im „Schlusstermin“ und durch die Abnahme der Schlussrechnung des Verwalters, welche den allgemeinen Vorschriften des § 78 unterliegt, vorbereitet werden. „Das gemäss § 139 von dem Verwalter aufzustellende und auf der Gerichtsschreiberei niederzulegende Schlussverzeichniss, in welchem alle von der Ausschliessung nicht betroffenen Forderungen in ihren Restbeträgen darzustellen sind, soll für die Schlussvertheilung und die etwaigen Nachtragsvertheilungen (§ 153) an die Stelle der Tabelle treten und für dieselben eine unumstössliche Grundlage abgeben. Einwendungen gegen das Verzeichniss sind in dem Termine zu erheben.“ (M.: 380, 381.) Ueber die Begründung dieser Einwendungen, welche mündlich vorzubringen sind, kann das Gericht sofort im Termin entscheiden. Es kann aber die Entscheidung auch vertagen.[1]) Bezüglich der Verhandlung im Schlusstermin sind die allgemeinen Vorschriften über die Gläubigerversammlung (Bem. II. zu § 85 ff.) massgebend.

In der Reichstagskommission wurde die Reihenfolge der §§ 149—151 bemängelt. Es wurde aber bei derselben auf den Wunsch von Regierungsrath Hagens belassen, welcher bemerkte: „Es verstehe sich von selbst, dass der in § 149 gedachten Schlussvertheiluug der Schlusstermin vorhergehen müsse. In diesem Termin könnten Einwendungen gegen das Schlussverzeichniss erhoben werden; wenn dieser Fall eintrete, werde regelmässig die Vertheilung solange ausgesetzt werden, bis über die Einwendungen entschieden sei. Indessen sei auch solchenfalls eine Vertheilung nicht durchweg ausgeschlossen, da die Einreden nur einen Theil betreffen oder sichtlich unbegründet sein könnten. (K.: 183.) Einwendungen, welche nicht gegen das Verzeichniss, sondern gegen die Schlussrechnung des Verwalters gerichtet sind, gehören nicht zur Zuständigkeit des Konkursgerichts, sondern sind im Prozesswege zu erledigen. (Bem. zu § 78.)

2.

Bezüglich der gleichfalls dem Schlusstermin vorbehaltenen Beschlussfassung über die nicht verwerthbaren Vermögensstücke ist auf die Bem. II. 3 c. zu §§ 121 ff. zu verweisen. „Es ist hier vornehmlich an die Fälle gedacht, in welchen auch die ausserordentlichen, dem Verwalter unter Zustimmung des Gläubigerausschusses gestatteten Formen der Realisirung kein Resultat ergeben haben. Der Schluss-

[1]) V. von Sarwey § 150 Bem. 7 S. 619, 620. A. M. ist von Völderndorff, der (§ 150 Bem. b. Bd. II. S. 405) bemerkt, die Entscheidung könne nicht mündlich im Termin erfolgen, sondern müsse schriftlich auf der Gerichtsschreiberei hinterlegt werden.

termin bietet namentlich eine geeignete Gelegenheit, über die Uebernahme solcher Vermögensstücke durch einzelne Gläubiger zu verhandeln. Aeussersten Falles sind dieselben der freien Verfügung des Gemeinschuldners zu überlassen.“ (M.: 381.) Eine Nachtragsvertheilung kann bezüglich solcher Gegenstände nicht vorbehalten werden. (Bem. zu § 153.)

3.

Die Aufstellung eines Theilungsplans wurde auch hinsichtlich der Schlussvertheilung für entbehrlich gehalten, obgleich die Festsetzung eines den Gläubigern zu zahlenden Prozentsatzes hier unterbleibt. Durch die nach § 139 zu bewirkende Bekanntmachung der Theilungssumme und die Einsicht des auf der Gerichtsschreiberei niedergelegten Verzeichnisses sollen die Gläubiger in die Lage gesetzt werden, durch die Vergleichung ihrer Forderung mit der Gesammtsumme aller berücksichtigten Forderungen ihre Schlussdividende zu ermitteln. (M.: 381.)

4.

Wenn die nach Vornahme von Abschlagszahlungen übrig gebliebene Restmasse durch Auszahlung von nachträglich beanspruchten Dividenden (Bem. III. zu §§ 139 ff.) vollständig erschöpft worden ist, fehlt es an einem Gegenstande für die Schlussvertheilung. „Nichtsdestoweniger werden die Förmlichkeiten derselben, welche sich alsdann als Theil der Rechnungslegung auffassen lassen, zugleich mit Rücksicht auf die Eventualitäten des § 153 zu beobachten sein. Am zweckmässigsten dürfte es jedoch sein, in einem solchen Falle die Nachzahlung selbst in den Formen einer Schlussvertheilung vorzunehmen.“ (M.: 371.)

III.

Aufhebung des Konkursverfahrens.

(§ 151.)

1.

Bezüglich der Vorschrift des Abs. 1 wurde in den Motiven (381) bemerkt: „Mit der Schlussvertheilung ist der Konkurs erledigt. Dieselbe hat die Aufhebung des Konkursverfahrens zur nothwendigen Folge. Die Aufhebung soll, schon um einen sicheren Boden für ihre Wirkungen zu gewinnen, durch einen förmlichen Beschluss des Gerichts erfolgen. Ein Streit über die Aufhebung kann füglich nicht entstehen. Es konnte desshalb keinem Bedenken unterliegen, eine Anfechtung des Beschlusses auszuschliessen.“ Hiedurch wird bestätigt, was sich schon aus der Natur der Sache ergibt, dass nicht der Schlusstermin sondern die Schlussvertheilung entscheidend ist, und erst nach deren Beendigung die Aufhebung des Verfahrens beschlossen werden kann. In der Reichstagskommission erhob Goldschmidt Bedenken gegen die Ausschliessung des Anfechtungsrechts, weil die Aufhebung des Konkurses rechtlich von grosser Bedeutung sei und insbesondere mit derselben öfters Streitigkeiten darüber entschieden werden müssten, ob gewisse Gegenstände zur Masse gehören oder nicht. Von der Stellung eines besonderen Antrags wurde aber abgesehen, und die vorgeschlagene Vorschrift unverändert angenommen. Vorher war von den Regierungskommissaren

hervorgehoben worden, dass die Hinausschiebung der Konkursaufhebung, nachdem einmal die Schlussvertheilung stattgefunden, ohne materielle Bedeutung sei und hatte Regierungsrath Hagens bemerkt: „Wenn auch die sofortige Beschwerde nicht suspendire, so werde ein vorsichtiger Richter doch die Veröffentlichung solange aussetzen, bis die Beschwerdefrist abgelaufen und die Beschwerde erledigt sei.[1]) Ein materielles Interesse an der Hinausschiebung der Aufhebung des Konkurses hätten die Konkursgläubiger um so weniger, als sie alle erst nachträglich zum Vorschein kommenden Gegenstände, soweit sie zur Konkursmasse gehören, durch Nachtragsvertheilungen in Anspruch nehmen könnten; überdies seien nach Lage der K.-O. die Gläubiger befugt, vor der Aufhebung des Konkurses eine vorzeitige Genehmigung der Schlussvertheilung mit der Beschwerde anzufechten.“ Ein Antrag von Ausfeld, statt „die Aufhebung“ zu sagen: „über die Aufhebung“, wurde von der Kommission abgelehnt, nachdem Regierungsrath Hagens denselben „für überflüssig“ erklärt und bestätigt hatte, auch nach den Intentionen des Entwurfs solle das Gericht nicht bloss eine formale Konsequenz des bisherigen Verfahrens ziehen, sondern materiell prüfen, ob der Zeitpunkt für die Aufhebung gekommen sei. (K: 107, 108.)

Durch die Aufhebung des Konkursverfahrens, welche auch nach Bestätigung des Zwangsvergleichs stattfindet (§ 175), und welche im Gesetz unterschieden wird von der Einstellung des Verfahrens (§§ 188 ff.), erlangt der Gemeinschuldner wieder das volle freie Verfügungsrecht über sein Vermögen, soweit dasselbe nicht zur Befriedigung der Konkursgläubiger verwendet worden ist. Auch wird damit der Unterbrechung der anhängigen Prozesse (§ 218 C.-P.-O.) ein Ende gemacht und hören zufolge derselben die Funktionen des Verwalters, des Gläubigerausschusses und der Gläubigerversammlung auf. Der Verwalter hat übrigens die Verpflichtung, sich der Erledigung der noch schwebenden Aufgaben, insbesondere der noch anhängigen Prozesse und der Nachtragsvertheilungen zu unterziehen. (Bem. zu § 153.)

2.

Bezüglich der Vorschriften in Abs. 2 und 3 wurde in den Motiven (381, 382) bemerkt: „Die Aufhebung und der Grund der Aufhebung müssen öffentlich bekannt gemacht werden, theils um die Gläubiger und sonstige Betheiligte von der Sachlage in Kenntniss zu setzen, theils um die öffentliche Bekanntmachung der Eröffnung des Verfahrens auszugleichen. Der Regel nach wird es sich, um die Ausgleichung in vollem Maasse eintreten zu lassen, empfehlen, die Aufhebung durch dieselben Blätter bekannt zu machen, in welchen die Bekanntmachung der Eröffnung des Verfahrens geschehen war. Ausser der öffentlichen Bekanntmachung ist, sofern die Umstände es erfordern, die Aufhebung den im § 104 bezeichneten Behörden mitzutheilen. Die K.-O. ordnet demgemäss die entsprechende Anwendung der §§ 104, 106 an. In Betreff der zur thatsächlichen Beendigung des Verfahrens vorzunehmenden Massregeln bedurfte es

[1]) Es wird hier von der Beschwerde gesprochen, welche gegen die Genehmigung der Schlussvertheilung zusteht.

keiner weiteren Vorschriften. Aus demselben Grunde, aus welchem es sich rechtfertigte, die Wirkungen der Eröffnung des Verfahrens von Rechtswegen eintreten zu lassen (§ 5), muss der Eintritt auch der Wirkungen der Aufhebung von Rechtswegen erfolgen.“ (M.: 381, 382.) Dass die Wirkung der Aufhebung mit Erlass des Beschlusses eintritt, ist im § nicht (wie in § 100 Abs. 2) gesagt. Es können desshalb die Wirkungen der Aufhebung erst an dem Tage eintreten, an welchem die Bekanntmachung des Beschlusses als bewirkt gilt. (§ 68 Abs. 1.) Dies ist um so mehr anzunehmen, als bezüglich der Aufhebung zufolge eines Zwangsvergleichs und der Einstellung des Verfahrens ausdrücklich auf die Bekanntmachung verwiesen wird. (M.: 421 und 438.)[1]) Die Verweisung auf § 103 Abs. 2, nach welcher die Veröffentlichung auch im deutschen Reichsanzeiger erfolgen muss, wurde von der Reichstagskommission (§ 107) beigefügt. Eine besondere Zustellung an die dem Gericht bekannten Konkursgläubiger ist nicht erforderlich, da im § auf § 103 Abs. 3 nicht verwiesen worden ist.[2])

IV.

Nachforderungsrecht der Gläubiger.

(§ 152.)

1.

Durch Abs. 1 des § werden, wie auch in der Reichstagskommission (108) bestätigt wurde, alle diejenigen Beschränkungen beseitigt, durch welche das bisher bestehende Recht den Gemeinschuldner gegen eine nach Aufhebung des Konkurses eintretende Verfolgung durch die Gläubiger schützt. Insbesondere wird dem in der gemeinrechtlichen Praxis zur Geltung gelangten und in viele Partikular-Gesetzgebungen übergegangenen Grundsatz seine Wirkung entzogen, dass eine Nachforderung gegen den zur cessio bonorum zugelassenen Schuldner nur unter der Beschränkung erfolgen könne, dass der Schuldner in bessere Vermögensverhältnisse gelangt und das neue Vermögen nicht zu seinem und der Seinigen Unterhalt erforderlich sei. „Die K.-O. hebt den letzten Rest der cessio bonorum auf und belässt allen Konkursgläubigern das Recht, ihre nicht angemeldeten oder unberichtigt gebliebenen Forderungen gegen den Schuldner zu jeder Zeit für den ganzen Umfang seines Vermögens geltend zu machen, soweit sie nicht durch freiwilligen oder Zwangsvergleich einem Erlass unterworfen sind.“ (M.: 383.) Zu den Forderungen, welche nun gegen den Gemeinschuldner geltend gemacht werden können, gehören auch diejenigen, deren Geltendmachung im Konkurse durch § 56 ausgeschlossen war. Das Recht zur Klage entsteht an

[1]) V. Hullmann § 151 Bem. 8 S. 299; von Wilmowski ebendas. Bem. 2 S. 285 und von Sarwey § 151 Bem. 2 S. 621 ff. A. M. ist von Völderndorff (Bem. f. II. zu § 151 Bd. II. S. 413 ff.), der mit Rücksicht auf die preussische Rechtsprechung zwischen den Wirkungen für den Gemeinschuldner und der für Dritte unterscheidet.

[2]) V. auch Hullmann § 151 Bem. 7 S. 299 und von Völderndorff ebendas. Bem. E. I. Bd. II. S. 412 ff.

dem Tage, an welchem der Aufhebungsbeschluss nach § 68 Abs. 1 als bekannt gemacht gilt. (Bem. III. 2.) Die Möglichkeit einer Nachvertheilung steht der Verfolgung des Gemeinschuldners nicht im Wege.

2.

Ueber die Frage, inwieweit die ergangenen Feststellungen und Urtheile (§§ 132, 133 Abs. 2, 135) nach Aufhebung des Verfahrens dem Gemeinschuldner gegenüber wirksam sind, bestand sowohl im Gebiete des gemeinen Rechts, als unter der Herrschaft der pr. K.-O. lebhafter Streit. Die K.-O. hat sich der gemeinrechtlichen, auch vom R.-O.-H.-G. befolgten Praxis, nach welcher die im Konkursverfahren und in den Spezialprozessen erfolgten Feststellungen nicht die Kraft eines dem Schuldner gegenüber vollstreckbaren Erkenntnisses zukommt, nicht angeschlossen, obgleich derselben in den Motiven die juristische Konsequenz des Konkursrechts zugesprochen wurde. Ebensowenig wollte man sich aber der Praxis des pr. Obertribunals, welcher die Vorschriften der bayer. Prozess-Ordnung (Art. 1315 Abs. 2) entsprechen, anschliessen und der konkursmässigen Feststellung ganz allgemein auch für den Fall eines Widerspruchs die Wirkung eines gegen den Gemeinschuldner ergangenen Erkenntnisses beilegen. Vielmehr sollen die festgestellten Forderungen nur dann auf dem Wege der Zwangsvollstreckung gegen den Gemeinschuldner beigetrieben werden können, wenn sie nicht vom Gemeinschuldner im Prüfungstermin, in welchem sich derselbe nach § 129 über jede Forderung zu erklären hat, ausdrücklich bestritten worden sind. Durch diese Vorschrift werden, wie in den Motiven hervorgehoben würde, weder der Schuldner noch die Gläubiger verletzt. Das Bestreiten des Schuldners hat auf das Theilnahmerecht der Gläubiger am Konkurse keinen Einfluss, kann diese aber veranlassen, den ihnen offen stehenden Weg der Klage gegen den Schuldner sofort zu beschreiten. Dass auch weniger gewissenhafte Gläubiger vom Bestreiten keinen ausgedehnten Gebrauch machen, wird mit Rücksicht darauf erwartet, dass das Zustandekommen eines Zwangsvergleichs und die Bewilligung einer Unterstützung in der Hand der Gläubiger liegt. (M.: 383—385.)

3.

„Den Schuldtitel für die Zwangsvollstreckung bildet die Eintragung in der Tabelle. Eine von dem Gerichtsschreiber des Konkursgerichts zu ertheilende, mit der Vollstreckungsklausel zu versehende, auszugsweise Ausfertigung der letzteren dient der Zwangsvollstreckung zur selbständigen Grundlage. Sowohl in dieser Beziehung als hinsichtlich des im Uebrigen bei der Zwangsvollstreckung einzuhaltenden Verfahrens konnte die K.-O. sich damit begnügen, die entsprechende Anwendung der §§ 662—701 der C.-P.-O. vorzuschreiben. Nur in Betreff der in den §§ 667, 686, 687 C.-P.-O. bestimmten Gerichtsstände ergab sich das Erforderniss einer anderweiten besonderen Festsetzung. Dieselbe ist im dritten Absatz des § 152 dahin getroffen, dass der Gerichtsstand bei dem im § 134 Abs. 2 bezeichneten Gerichte begründet sein soll.“ (M: 385, 386). Hienach kann der Gemeinschuldner Einwendungen, welche sich auf den im Vollstreckungstitel fest-

gestellten Anspruch selbst beziehen, nur gemäss § 682 C.-P.-O. geltend machen. Die Stelle der mündlichen Verhandlung, in welcher die Einwendung nach der C.-P.-O. spätestens hätte geltend gemacht werden müssen, vertritt hier der Prüfungstermin. Einwendungen gegen die Ertheilung der Vollstreckungsklausel sind gemäss §§ 664 ff. der C.-P.-O. zu beurtheilen und ist zur Entscheidung nach § 668 das Konkursgericht zuständig, da von dessen Gerichtsschreiber die Vollstreckungsklausel zu ertheilen ist. Hat der Gemeinschuldner die im Konkursverfahren geltend gemachte Forderung anerkannt, so ist er an diese Anerkennung gebunden und kann nicht mehr verlangen, dass auf das frühere Rechtsverhältniss zurückgegangen werde. Es kommt also auch nach Beendigung des Konkursverfahrens lediglich die in demselben festgestellte Geldforderung in Betracht, wenn es sich auch ursprünglich um eine andere Leistung handelte und es kann der Einwand, dass die Forderung nicht fällig sei, u. s. w. vom Gemeinschuldner nicht mehr geltend gemacht werden, wenn er die Eintragung in die Tabelle sich ohne Widerspruch gefallen liess. Die Umwandlung, welche die Forderung im Konkurs zufolge der §§ 15, 16, oder der §§ 58 und 62 erfahren hat, ist in diesem Falle auch dem Gemeinschuldner gegenüber wirksam. Andererseits kann aber auch der Gläubiger, wenn der Schuldner gegen die im Konkurs festgestellte Forderung Widerspruch nicht erhoben hat, seine Nachforderung nur auf dem in § 152 Abs. 2 vorgesehenen Wege geltend machen und nicht mehr auf das frühere Rechtsverhältniss zurückgehen. Die Feststellung im Konkurse hat zufolge der Anerkennung durch den Gemeinschuldner auch für das Verhältniss zwischen diesem und dem Gläubiger die Bedeutung eines rechtskräftigen Urtheils.[1])

4.

Hat der Gemeinschuldner gegen die Forderung im Prüfungstermin Widerspruch erhoben, so hat die im Konkurse bewirkte Feststellung ihm gegenüber keine Wirkung, gleichviel, ob dieselbe im Prüfungstermin oder zufolge eines Spezialprozesses zwischen dem anmeldenden Gläubiger und dem Verwalter oder dem ersteren und den bestreitenden Konkursgläubigern erfolgte. Es ist in diesem Falle Sache des nachfordernden Gläubigers, sich dem Gemeinschuldner gegenüber einen Titel zu verschaffen und auf Grund desselben gegen ihn vorzugehen, und es ist dann lediglich das ursprüngliche Rechtsverhältniss zwischen den Beiden massgebend, so dass die durch den Konkurs bewirkten Aenderungen der Forderung dem Gemeinschuldner gegenüber nicht wirken. In gleicher Weise liegt die Sache übrigens, wenn die Forderung vom Verwalter oder einem Gläubiger mit Erfolg bestritten und die Forderung desshalb gar nicht in die Tabelle eingetragen wurde. Der Gemeinschuldner, der in dem Spezialprozess nicht betheiligt war, kann sich nicht auf ein in demselben ergangenes abweisendes Urtheil berufen, um damit die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache zu begründen. Sowenig die in einem solchen Prozess ergangenen Feststellungsurtheile für ihn bindend sind, so wenig kann er ein gegen den Gläubiger ergangenes Urtheil für

[1]) So auch von Sarwey § 152 Bem. 10 S. 627 ff. V. dagegen Hullmann ebendas. Bem. 5 S. 299, 300.

sich geltend machen.[1] „Der Fall, dass der Gläubiger, abgesehen von einer Feststellung seiner Forderung, für dieselbe vor der Eröffnung oder während der Dauer des Konkursverfahrens einen vollstreckbaren Schuldtitel gegen den Gemeinschuldner erlangt hat, bedurfte keiner ausdrücklichen Berücksichtigung. Mit dem Fortfall der für die Dauer des Verfahrens durch § 11 angeordneten Hemmung der Einzelnexekutionen finden auf einen solchen Schuldtitel, da im Uebrigen die Wirksamkeit desselben, soweit es sich um das Verhältniss des Gläubigers dem Gemeinschuldner gegenüber handelt, durch das Konkursverfahren an sich nicht berührt wird, die allgemeinen Grundsätze Anwendung.“ (M: 386.) Ob der Gemeinschuldner, wenn er dem aus der Konkursmasse theilweise befriedigten Gläubiger gegenüber mit der Behauptung durchdringt, dass derselbe gar nichts zu fordern habe, seinerseits verlangen kann, dass dieser ihm das herausbezahle, was er aus der Konkursmasse erhalten hat, kann als zweifelhaft erscheinen, da er selbst nichts bezahlt hat und wenn die Forderung zurückgewiesen worden wäre, der in Frage stehende Betrag nicht dem Gemeinschuldner sondern den Konkursgläubigern zugeflossen sein würde. Die Frage muss aber dennoch bejaht werden. Die Zahlung ist immerhin aus dem Vermögen des Gemeinschuldners erfolgt, und es würde sich dessen Schuldenmasse verringert haben, wenn die Forderung nicht angemeldet oder nicht zugelassen worden wäre. Der Gläubiger würde sich also rechtlos zum Nachtheil des Gemeinschuldners bereichern, wenn er das mit Unrecht Empfangene behalten dürfte.[2]

§ 153.

Wenn nach dem Vollzuge der Schlussvertheilung Beträge, welche von der Masse zurückbehalten sind, für dieselbe frei werden, oder Beträge, welche aus der Masse gezahlt sind, zur Masse zurückfliessen, so sind dieselben von dem Verwalter nach Anordnung des Konkursgerichts auf Grund des Schlussverzeichnisses zur nachträglichen Vertheilung zu bringen. Die über die Verwaltung und Vertheilung solcher Beträge abzulegende Rechnung unterliegt der Prüfung des Konkursgerichts.

Dasselbe gilt, wenn nach der Schlussvertheilung oder der Aufhebung des Verfahrens zur Konkursmasse gehörige Vermögensstücke ermittelt werden.

(E.: § 153. M.: 386. K.: 108. 183.)

[1]) V. von Völderndorff § 152 Bem. b. II. S. 420; von Sarwey ebendas. Bem. 10 S. 628.

[2]) V. v. Sarwey § 152 Bem. 10 S. 628. A. M. ist von Völderndorff ebendas. Bem. b. II. Bd. II. S. 420, 421.

Zur Rechtfertigung und Erläuterung des § wurde in den Motiven (386) Folgendes bemerkt:

„Nachtragsvertheilungen werden zwar insbesondere durch die, auf die Berücksichtigung der Forderungen bei der Schlussvertheilung bezüglichen Vorschriften, durch die zwanglose Realisirung der Masse und durch die leichtere Ausführung einer Vertheilung von der K.-O. auf ein geringes Maass zurückgeführt, lassen sich aber nicht gänzlich vermeiden. Sie können sowohl vor als nach der Beendigung des Verfahrens nothwendig werden. Nach der Schlussvertheilung können Vermögensstücke, welche nach § 1 des Gesetzes zur Konkursmasse gehören und daher nach § 2 der ausschliesslichen Vertheilung unter die Konkursgläubiger unterliegen, ermittelt werden, ebenso können zurückzubehaltende Beträge für die Konkursmasse frei werden, und Beträge, welche an resolutivbedingte Gläubiger gezahlt sind, bei Eintritt der auflösenden Bedingung zurückfliessen. Solche Nachtragsvertheilungen betrachtet die K.-O. als Theil und Fortsetzung der Schlussvertheilung. Der Ausschluss der nicht gehörig verfolgten Ansprüche und Konkursforderungen wirkt auch auf den Gegenstand der Nachtragsvertheilung (§§ 140, 141 Abs. 1, 142 Abs. 2, 159); das Verzeichniss der theilnahmeberechtigten Forderungen (§ 150) ist auch für sie massgebend. Es bedarf daher nicht eines besonderen Verfahrens zu ihrer Ausführung. Nur die nachträgliche Theilungssumme braucht bekannt gemacht zu werden. Die Ausführung geschieht in der für alle Vertheilungen vorgeschriebenen Art (§§ 154 bis 156). Der Vertheilung und etwaigen Realisirung hat als Theil und Fortsetzung seiner Funktionen der frühere Verwalter sich zu unterziehen. Die Bewilligung eines nachträglichen Honorars ist nicht ausgeschlossen. Sollte der frühere Verwalter oder dessen Stellvertreter nicht mehr zu haben sein, so müsste das Gericht einen Vertreter ad hoc bestellen. Die Anordnung der Vertheilung und die Prüfung der von dem Verwalter abzulegenden Rechnung überträgt das Gesetz, da die Gläubigerversammlung und der etwa bestellt gewesene Gläubigerausschuss zu funktioniren aufgehört haben, dem Gericht. (M: 386.) Diese Bemerkungen erscheinen in jeder Beziehung als zutreffend. Insbesondere entspricht es den Vorschriften des Gesetzes, dass nur die zu vertheilende Summe bekannt gemacht wird.[1]) Aus der Fassung des Abs. 2, welche von der des Art. 1314 der bayerischen Pr.-O. wesentlich abweicht, ergibt sich, [2]) dass solche Bestandtheile

[1]) Von Wilmowski behauptet zwar (§ 153 Bem. 2 S. 289), die Bemerkung in den Motiven, dass nur die Theilungssumme bekannt zu machen sei, habe im Gesetz keinen Ausdruck gefunden. Daraus, dass die Vertheilung auf Grund des früher aufgestellten Schlussverzeichnisses zu erfolgen hat, ergibt sich aber zur Genüge, dass ebensowenig wie die nochmalige Niederlegung des Verzeichnisses die abermalige Bekanntmachung der Summe der Forderungen geboten ist. Wird bekannt gemacht, dass eine bestimmte Summe auf dem Wege der Nachtragsvertheilung vertheilt werden soll, so ist damit auch der Massstab gegeben, nach welchem die Vertheilung erfolgt.

[2]) In Art. 1314 der C.-P.-O. wird die nachträgliche Verwerthung und Vertheilung für den Fall gestattet, dass „einzelne zur Masse gehörige Vermögenstheile erst nach Beendigung des Gantverfahrens zum Vorschein oder zur Geltung kommen.“ Nach dieser Fassung konnten auch solche Massebestandtheile den Gegenstand einer Nachtragsvertheilung bilden, welche bei der Schlussvertheilung wohl ermittelt waren.

der Theilungsmasse, deren Vorhandensein bei der Schlussvertheilung schon bekannt waren, deren Verwerthung aber zur Zeit nicht bewirkt werden konnte, nicht Gegenstand einer Nachtragsvertheilung sein können. In der Reichstagskommission (1183) hatte von Sarwey, um die Zulässigkdit einer nachträglichen Ueberweisung periodisch wiederkehrender Leistungen festzustellen, beantragt, nach dem Worte „ermittelt" einzuschalten: „oder wiederkehrende Leistungen, welche nicht verwerthet werden konnten, flüssig werden, sofern nicht Anderes in den Schlussterminen beschlossen wurde." Der Antrag wurde aber Mangels Unterstützung zurückgezogen, nachdem vom Regierungsrath Hagens hervorgehoben worden war, dass der Entwurf gerade auf dem entgegengesetzten Standpunkt wie das gemeine Recht stehe und der Verkauf des Bezugsrechts im Ganzen gestattet sei, und derselbe sodann noch bemerkt hatte: „Werde der Konkurs aufgehoben, ohne dass die Gläubiger über die Veräusserung einen Beschluss gefasst haben, so fielen die Einkünfte wiederum dem Gemeinschuldner zu, seien aber auch dem Zugriff der alten und neuen Gläubiger unterworfen." Hienach können Gegenstände, deren Vorhandensein bei der Schlussvertheilung schon bekannt war, sofern nicht § 153 Abs. 1 zur Anwendung kommt, nicht mit Rücksicht auf einen anhängigen Prozess oder auf irgend einen anderen Umstand, der den Aufschub der Verwerthung wünschenswerth macht, zum Zweck einer nachträglichen Vertheilung zurückbehalten werden. Vielmehr bleibt in solchen Fällen nur die Wahl, entweder die Schlussvertheilung und damit die Aufhebung des Verfahrens zu verschieben oder die fraglichen Gegenstände dem Gemeinschuldner zu überlassen.[1])

§ 154.

Der Vollzug einer jeden Vertheilung erfolgt durch den Verwalter.

§ 155.

Die Antheile

1. auf Forderungen, welche in Folge eines bei der Prüfung erhobenen Widerspruchs im Prozesse befangen sind,
2. auf Forderungen, welche von einer aufschiebenden Bedingung abhängen,

deren Vertheilung aber aus irgend einem Grunde z. B. weil sie im Prozess befangen sind, vorbehalten wurde. (V. Wernz, Kommentar zur bayer. Pr.-O. Art. 1313 ff. S. 218 und 219.

[1]) V. auch Hullmann § 153 Bem. 2 S. 301; Wengler ebendas. Bem. 2 S. 597; von Sarwey ebendas. Bem. 9 S. 632. A. M. ist von Völderndorff (§ 153 Bem. g. Bd. II. S. 425, 426), welcher auch solche Vermögenstheile zur Nachtragsvertheilung vorbehalten lassen will, bezüglich deren schon vor der Konkurseröffnung Prozesse anhängig waren, welche erst nach der Beendigung des Verfahrens zu Gunsten des Gemeinschuldners entschieden worden sind.

3. auf Forderungen, für welche eine abgesonderte Befriedigung beansprucht und der Vorschrift des § 141 Abs. 2 genügt ist,
4. auf Forderungen unter auflösender Bedingung, sofern der Gläubiger zu einer Sicherheitsleistung verpflichtet ist und die Sicherheit nicht leistet,

werden zurückbehalten.

§ 156.

Die Beträge, welche bei dem Vollzuge der Schlussvertheilung zurückzubehalten sind, oder welche bis zu diesem Zeitpunkte nicht erhoben werden, hat der Verwalter nach Anordnung des Gerichts für Rechnung der Betheiligten zu hinterlegen.

(E.: §§ 154—156. M.: 386—388. K.: 108.)

1.

Der Vollzug der Abschlags-, Schluss- und Nachtragsvertheilungen, welcher in den §§ 154—156 geregelt ist, wurde durch die K.-O. dem Verwalter zugewiesen, weil es sich hiebei um einen Akt der Verwaltung handelt und aus dieser das Gericht ausgeschieden ist. Ueber die Art und Weise, in welcher die Vertheilung auszuführen ist, bestimmt das Gesetz nichts. Von dem Vorhaben, „die Befriedigung der Gläubiger durch Ertheilung von Anweisungen auf die Hinterlegungsstelle bewirken zu lassen und der Anweisung die Wirkungen der Zahlung beizulegen", wurde Abstand genommen, weil ein Anweisungsverkehr, welcher ohne Kündigung Zahlungen zu den kleinsten Beträgen erfordern, ohne erhebliche Provision und zu anderer als unbeträchtlicher Zinsvergütung sich allgemein kaum erwarten lasse und desshalb Anstand genommen werden müsse, die Konkursverwaltung zur Ertheilung und das Publikum zur Annahme von Anweisungen zu zwingen. (M.: 387 und 353.) „Selbstverständlich wird hiedurch die Benützung von Anweisungen auf die Hinterlegungsstelle behufs Vermittelung der Auszahlung der Dividenden nicht ausgeschlossen." (M.: 387.) Aber die Gläubiger können zur Annahme solcher Anweisungen nicht gezwungen werden, sondern haben Anspruch auf Baarzahlung nach Vorschrift der Münzgesetzgebung. Dass dieselben nicht verlangen können, es sollten die ihnen zukommenden Beträge ihnen zugesandt werden, sondern dieselben bei dem Verwalter erheben müssen, ergibt sich aus § 156.

2.

Während in den §§ 140—144 und 153 bestimmt wird, welche Forderungen bei den Vertheilungen zu berücksichtigen bezw. nicht zu berücksichtigen sind, schreibt § 155 vor, dass für gewisse Forderungen, welche nach den erwähnten

Bestimmungen Anspruch auf Berücksichtigung haben, die auf sie treffende Dividende nicht ausbezahlt werden darf, sondern zurückbehalten werden muss. Im Allgemeinen ist bezüglich dieser Vorschrift auf die Bem. I. zu §§ 134 ff., die Bem. II. zu §§ 139 ff. und die Bem. zu § 153 zu verweisen. Zur Ergänzung ist noch Folgendes zu bemerken:

a.

Bezüglich der Forderungen, welche zufolge eines bei der Prüfung erhobenen Widerspruchs im Prozess befangen sind, muss die Zurückhaltung sowohl dann stattfinden, wenn der anmeldende Gläubiger verpflichtet ist, den Widerspruch durch Einleitung oder Aufnahme eines Prozesses zu beseitigen, als auch dann, wenn derselbe einen vollstreckbaren Titel besitzt, welcher vom Gegner beseitigt werden muss. (Bem. I. 1 und I. 4 zu §§ 134 ff.) Die Zurückhaltung dauert fort, bis der innerhalb der Ausschlussfrist eingeleitete Prozess beendigt worden ist. Der in Nr. 1 angegebene Zurückhaltungsgrund kann mit einem der in den Nrn. 2—4 aufgestellten Gründe zusammentreffen.

b.

„Auf Forderungen, welche von einer aufschiebenden Bedingung abhängen, kann selbstverständlich eine Zahlung nicht geleistet werden. Wenn und soweit dieselben bei Abschlagsvertheilungen nach § 142 Abs. 1 oder, ungeachtet der Fortdauer der Ungewissheit, bei der Schlussvertheilung nach § 142 Abs. 2 zu berücksichtigen sind, müssen sonach die Antheile zurückbehalten werden. Die bei der Schlussvertheilung zurückgehaltenen Beträge werden für die Masse frei und gelangen gemäss § 153 zur nachträglichen Vertheilung, wenn die Bedingung demnächst ausfällt." (M.: 388.)

c.

Die Beträge, welche bei einer Abschlagsvertheilung nach § 141 Abs. 2. auf Forderungen von absonderungsberechtigten Gläubigern fallen, sind bis zur Schlussvertheilung zurückzuhalten, werden aber, wenn bis dahin den Anforderungen des Gesetzes nicht genügt ist, für die Schlussvertheilung frei. (§ 144.) Die Vorschrift des § 155 Nr. 3 kann hienach nur bei Abschlagsvertheilungen Anwendung finden. (M.: 388.)

d.

Forderungen unter auflösender Bedingung können nach § 59 geltend gemacht werden, wie wenn sie unbedingt wären. Wenn der Gemeinschuldner nach dem geltenden bürgerlichen Recht bezw. nach dem bestehenden Vertrag berechtigt war, für den Fall des Eintritts der Bedingung Sicherheit zu verlangen, steht jedoch dieses Recht auch dem Verwalter zu. Solange diese Sicherheit vom Gläubiger nicht geleistet wurde, soll nach § 155 Nr. 4 dessen Dividende zurückgehalten werden. Von einer Bestimmung, nach welcher jeder unter einer auflösenden Bedingung berechtigte Gläubiger zur Sicherstellung anzuhalten sei (§ 250 Nr. 2 pr. K.-O.), wurde, weil sie ohne genügenden Grund das Recht des Gläubigers verletze, abgesehen. Die Vorschrift des § 155 Nr. 4 kommt sowohl bei Abschlags- als bei Schlussvertheilungen zur Anwendung. Im Falle des Eintritts der Bedingung werden die zurückgehaltenen Beträge frei und es hat, wenn

die Schlussvertheilung schon stattgefunden hat, hinsichtlich derselben eine Nachtragsvertheilung (§ 153) zu erfolgen.

3.

Hinsichtlich der bei einer Abschlagsvertheilung zurückgehaltenen Beträge enthält das Gesetz keine besondere Bestimmung über die Art und Weise, in welcher mit den zurückgehaltenen Summen zu verfahren ist. Ob und in welcher Weise eine Hinterlegung derselben stattgefunden hat, richtet sich desshalb nach den in Gemässheit des § 120 gefassten Beschlüssen. Findet eine Hinterlegung statt, so geschieht sie auf Rechnung der Masse und es haben, wenn die Hinterlegungsstelle Zinsen vergütet, die Gläubiger, deren Dividenden zurückgehalten werden, auf dieselben keinen Anspruch. Die bei der Schlussvertheilung zurückbehaltenen Beträge sind dagegen nach § 156, ebenso wie die nicht erhobenen Beträge, für Rechnung der Gläubiger zu hinterlegen, denen dieselben zugewiesen wurden. Auf die etwa vergüteten Zinsen haben sonach nur diese Gläubiger Anspruch. Die zurückbehaltenen Beträge werden in der Regel bei der durch die Landesgesetzgebung zu Hinterlegungen bestimmten Kasse oder Behörde zu hinterlegen seien. „Um jedoch in Betreff der zurückzubehaltenden Beträge einerseits den Betheiligten eine freiere Bewegung zu gestatten, andererseits für die demnächstige Auszahlung der Beträge an die Berechtigten oder deren Verwendung zu einer nachträglichen Vertheilung (§ 153) eine Kontrole des Verwalters zu sichern, überträgt der § 156 die auf die Hinterlegung bezüglichen Anordnungen dem Konkursgericht.“ (M.: 388). Die zurückbehaltenen Antheile bleiben solange hinterlegt, bis das der Auszahlung im Wege stehende Hinderniss weggefallen ist, oder die Beträge für die Schlussvertheilung oder für eine Nachtragsvertheilung frei geworden sind. Die nicht erhobenen Beträge müssen dagegen hinterlegt bleiben, bis sie vom Berechtigten erhoben werden oder dessen Bezugsrecht erloschen ist. Wann diese Erlöschung eintritt, ist nach dem bürgerlichen Recht zu beurtheilen. Das Gericht ist, soweit nicht eine gesetzliche Vorschrift dies zulässt, keineswegs berechtigt, die Gläubiger unter Androhung der Verlustigung zur Erhebung der Beträge aufzufordern und nach Ablauf der gesetzten Frist die nicht erhobenen Beträge vertheilen zu lassen.[1])

§ 157.

Zahlungen auf festgestellte bevorrechtigte Forderungen kann der Verwalter mit Ermächtigung des Gerichts unabhängig von den Vertheilungen leisten.

(E.: § 157. M.: 388 und 373. K.: 108.)

Die Vorauszahlung der bevorrechtigten Konkursgläubiger, welche keinen Anspruch darauf haben, früher als die anderen Gläubiger befriedigt zu werden,

[1]) V. von Sarwey § 156 Bem. 5 S. 639. A. M. ist Hullmann ebendas. Bem. 3 S. 303.

wurde dem Verwalter aus Billigkeitsrücksichten gestattet. (Bem. 1 zu §§ 137 ff.) Sie soll nur unter der Voraussetzung erfolgen, „dass dadurch die Befriedigung aller anderen gleich oder besser berechtigten Gläubiger nicht gefährdet wird" und ist, um einer solchen Gefährdung vorzubeugen, an die Genehmiguug des Gerichts gebunden. (M.: 373.)

§ 158.

Beträge, welche zur Sicherstellung eines bedingt zur Aufrechnung befugten Gläubigers nach Massgabe des § 47 Abs. 3 hinterlegt worden sind, fliessen zur Konkursmasse zurück, sofern nicht bis zum Ablaufe der Ausschlussfrist für die Schlussvertheilung dem Verwalter der Eintritt der Bedingung nachgewiesen wird, oder soweit nicht der Gemeinschuldner zu einer Sicherheitsleistung verpflichtet war.

(E.: § 158. M.: 389. K.: 108.)

Die Vorschrift des § bezieht sich auf die Sicherheit, welche nach § 47 Abs. 3 dem bedingt zur Aufrechnung berechtigten Gläubiger gestellt werden muss und es wird durch dieselbe der in § 142 Abs. 2 für aufschiebend bedingte Konkursforderungen aufgestellte Grundsatz, der sich auf jede Geltendmachung einer aufschiebend bedingten Forderung bezieht, auch auf den Anspruch des bedingt zur Aufrechnung befugten Gläubigers zur Geltung gebracht. „Demgemäss erlischt die Befugniss des Gläubigers, die Forderung den Konkursgläubigern gegenüber geltend zu machen, sofern er nicht bis zum Ablauf der für die Schlussvertheilung festgesetzten Ausschlussfrist dem Verwalter den Eintritt der Bedingung nachweist, oder soweit nicht der Gemeinschuldner zu seiner Sicherstellung verpflichtet war. Unmittelbar hieraus folgt, dass, wenn oder soweit diese Erfordernisse fehlen, auch die Befugniss des Gläubigers zur Aufrechnung und damit zugleich sein Recht auf Sicherstellung fortfällt, so dass die zur Leistung der Sicherheit hinterlegten Beträge für die Konkursmasse frei werden. Durch den § 158 wird diese Folgerung zum Ausdruck gebracht." (M.: 389).

§ 159.

Masseansprüche, welche nicht bis zu der Festsetzung des Prozentsatzes oder der Beendigung des Schlusstermins oder der Bekanntmachung einer Nachtragsvertheilung zur Kenntniss des Verwalters gelangt sind, können nicht auf den Massebestand geltend gemacht werden, welcher zur Auszahlung des festgesetzten Prozentsatzes erforderlich ist

oder den Gegenstand der Schlussvertheilung oder der Nachtragsvertheilung bildet.

(E.: § 159. M.: 389. K.: 108. 109. 111.)

1.

Durch § 159 wird das System der thatsächlichen Ausschliessung, das in § 140 bezüglich der Konkursgläubiger durchgeführt ist, zum Abschluss gebracht, indem er ähnliche Vorschriften hinsichtlich der Massegläubiger (§§ 50 ff.) gibt. Durch dessen Bestimmungen wird aber zugleich die Ausschliessung der Aussonderungs- und Absonderungsberechtigten geregelt, da sich deren Ansprüche, falls die betr. Gegenstände in der Masse nicht mehr vorhanden sind, in Masseforderungen umwandeln. (Bem. III. 1 zu §§ 139 ff.) Die Ausschliessung tritt in verschiedenen Zeitpunkten ein, je nachdem es sich um eine Abschlagsvertheilung oder um eine Schlussvertheilung oder Nachtragsvertheilung handelt und erstreckt sich immer nur auf denjenigen Massebestand, auf dessen Vertheilung die Konkursgläubiger durch die Festsetzung des Prozentsatzes (§ 147) bezw. die Beendigung des Schlusstermins oder die Bekanntmachung der Nachtragsvertheilung (§§ 150 und 153) ein Recht erworben haben. Ergeben sich nachträglich weitere Bestände, die zur Vertheilung kommen können, oder wird ein Theil der zur Vertheilung bestimmten Masse nachträglich für eine spätere Vertheilung frei (§§ 144, 153), so sind die von der früheren Vertheilung ausgeschlossenen Massegläubiger hieraus zu befriedigen. Soweit es sich um die Festsetzung des Prozentsatzes für eine Abschlagsvertheilung handelt, ist es zur Ausschliessung nicht genügend, dass der Verwalter sich über die Höhe des Prozentsatzes schlüssig gemacht hat, sondern es tritt dieselbe nur ein, wenn dieser Prozentsatz den zu berücksichtigenden Konkursgläubigern oder einem Theil derselben gemäss § 147 Abs. 2 mitgetheilt worden ist.[1]) Die Beendigung des Schlusstermins tritt in dem Augenblick ein, in welchem derselbe für geschlossen erklärt wurde. (§ 127 C.-P.-O.) Eine vorher erfolgte Anmeldung der Masseforderung verhindert sonach die Ausschliessung und kann eine Abänderung der Schlussrechnung zur Folge haben. Eine Wiedereröffnung der Verhandlung (§ 142 C.-P.-O.) zum Zweck der nachträglichen Berücksichtigung eines Massegläubigers wird dagegen unstatthaft sein.[2]) Bezüglich der Frage, ob die erst nach Beendigung des Schlusstermins zur Entstehung gelangten Masseansprüche bei einer Nachtragsvertheilung berücksichtigt werden sollen, ergab sich in der Reichstagskommission Anfangs eine Meinungsverschiedenheit. Die Kommission schloss sich aber dann der Auffassung des Geh. Oberjustizraths Hertz an, welcher bemerkte: „Es würden drei Fälle der thatsächlichen Ausschliessung unterschieden. Ausschliessung erstens von dem Betrage, welcher zur Auszahlung des festgesetzten Prozentsatzes erforderlich sei,

[1]) V. von Sarwey § 159 Bem. 2 S. 641; von Völderndorff ebendas. Bem. b. Bd. II. S. 441.

[2]) V. von Völderndorff § 159 Bem. c. Bd. II. S. 442; von Sarwey ebendas. Bem. 2 S. 641.

zweitens von dem Betrage, welcher den Gegenstand der Schlussvertheilung, drittens von demjenigen, welcher den Gegenstand der Nachtragsvertheilung bilde. Im ersten Falle (Abschlagsvertheilung) sei die Präklusien angedroht, wenn der Anspruch nicht bis zur Festsetzung des Prozentsatzes, im zweiten Falle (Schlussvertheilung) wenn er nicht bis zur Beendigung des Schlusstermins zur Kenntniss des Verwalters gelange. Für den dritten Fall (Nachtragsvertheilung) sei der Zeitpunkt, bis zu welchem der Anspruch zur Kenntniss des Verwalters gelangen müsse, nicht ausdrücklich angegeben.“ Auch wurde, um diesen Zeitpunkt genau zu bestimmen, die Fassung des § geändert und wurden die Worte „oder der Bekanntmachung einer Nachtragsvertheilung“ beigefügt. (K. 108, 109, 111.)

2.

Damit der Anspruch eines Massegläubigers gewahrt und die Ausschliessung verhindert wird, genügt es, wie sich schon aus dem Wortlaut des Gesetzes, ausserdem aber auch aus den Motiven (389) ergibt, dass derselbe in dem entscheidenden Zeitpunkte thatsächlich zur Kenntniss des Verwalters gelangt war, auch wenn eine förmliche Geltendmachung desselben nicht erfolgte. „Dem Verwalter liegt also bei eigener Verantwortlichkeit ob, dafür Sorge zu tragen, dass die Beträge, welche zur Berichtigung der bis dahin zu seiner Kenntniss gelangten Ansprüche erforderlich sind, von der Vertheilung ausgeschlossen bleiben.“ (M.: 389.) Kann der Massegläubiger beweisen, dass sein Anspruch rechtzeitig zur Kenntniss des Verwalters gelangte, so hat er, wenn die Vertheilung trotzdem ausgeführt und er dadurch ausgeschlossen wurde, ganz abgesehen von der Haftbarkeit des Verwalters, Anspruch darauf, dass er aus der Masse bezw. aus dem den Konkursgläubigern ausbezahlten Betrage befriedigt werde, und kann seinen Anspruch auch den befriedigten Konkursgläubigern gegenüber geltend machen.[1]) „Auch bietet, da der Umstand, dass eine Vertheilung bevorsteht, als ein zureichender Arrestgrund anzusehen sein wird (§§ 797 Abs. 1 und 800 der C.-P.-O.), den Massegläubigern, deren Ansprüchen der Verwalter die Anerkennung versagt, in der Erwirkung eines Arrestbefehls sich ein bereites Mittel zur Sicherung ihrer Befriedigung dar.“ (M.: 389.) Als Arrestbeklagter ist in diesem Falle der Verwalter zu behandeln, dem allein die Verfügung über die vorhandene Masse zusteht. Dass der Massegläubiger, welcher aus der Masse Befriedigung nicht erlangen konnte, seine Forderung nach Beendigung des Konkursverfahrens dem Gemeinschuldner gegenüber geltend machen kann, wurde in der Reichstagskommission (109) vom Regierungsrath Hagens bestätigt, ohne dass derselbe Widerspruch erfuhr. (V. auch Vorbem. 2 zu §§ 50 ff.)

[1]) V. von Wilmowski § 159 Bem. 1 S. 293; Hullmann ebendas. Bem. 3 S. 305; von Sarwey § 159 Bem. 5 S. 642, 643.

Sechster Titel.

Zwangsvergleich.

(§§ 160—187.)

Vorbemerkungen.

1.

Bei Aufstellung der K.-O. war nicht die Auffassung massgebend, dass das Konkursverfahren ein Uebel sei, und der Vergleich desshalb die Bestimmung habe, das schwebende Verfahren baldmöglichst wieder zu beseitigen. Vielmehr wurde in den Motiven hervorgehoben, dass die Zahlungsunfähigkeit und der durch sie eingetretene ungesunde Zustand das vorhandene Uebel und das Konkursverfahren zu dessen Beseitigung bestimmt sei. Es wurde aber auch anerkannt, dass ein Vergleich in vielen Fällen der Durchführung des regelmässigen Verfahrens vorzuziehen sei, und es wurde dies in den Motiven (390, 391) in folgender Weise begründet: „Die Zahlungsunfähigkeit hat es unmöglich gemacht, alle Gläubiger voll und sofort zu befriedigen. Um ihre gleichmässige Befriedigung herbeizuführen, muss das Verfahren unumgänglich die allgemeine, dem Stand der Sache entsprechende Befriedigungsquote ermitteln. Der Weg der Einziehung und Versilberung des gesammten Vermögens des Schuldners, der Auseinandersetzung der einzelnen Gläubiger und der Vertheilung der Masse unter sie erreicht die Aufgabe sicher und ohne Ausnahme. Allein unvollkommen schon an sich, sofern die Vertheilung einigen Gläubigern nicht oder nicht in gleichem Umfange zugänglich ist wie den andern, sofern erst der schliessliche Ausgang des Verfahrens nachweist, was und an wen gezahlt ist, und der ungewissen Zukunft es überlässt, ob zur Tilgung des Restes der Schuldner neue Mittel gewinnen und verwenden wird, darf dieser Weg nicht der einzige sein, in welchen das Verfahren ausläuft. Im Wege des Vergleiches die Quote festzustellen führt eher und besser zum Ziele.[1]) Vorzüglich am Platze ist ein Vergleich, wenn im einzelnen Falle ein erhebliches Vermögensstück nicht oder schwer einbringlich erscheint, oder wenn Zweifel und Streit über das Bestehen oder die Art erhobener Ansprüche die Höhe der Befriedigungsquote ungewiss machen. In allen Fällen aber erfordert die völlige Durchführung des Verfahrens, so sehr es vereinfacht werden mag, den grössten Zeit- und Kostenaufwand; die Verringerung des einen wie des andern erhöht für die Gläubiger die zu erlangende Quote. Je länger das Verfahren dem Schuldner die Verfügung, je einschneidender es ihm das Vermögen entzieht, desto mehr wird seine Geschäfts- und Erwerbsthätigkeit geoder zerstört; gibt ein Vergleich den Schuldner eher und unversehrter der freien Geschäftsthätigkeit zurück, so lassen dem Schuldner nahestehende Dritte sich bereit finden, für ihn den Gläubigern Opfer zu bringen und gewinnen ohnedies

[1]) Nach den in den Motiven enthaltenen Mittheilungen wurden in der Zeit von 1855—1873 in Breslau etwa 30%, in Berlin etwa 48% der Konkurse durch Zwangsvergleich erledigt. In Frankreich sollen nach Rénouard in der Zeit von 1817—1826 sogar 59% der Konkurse durch Konkordat beendigt worden sein.

die Gläubiger dadurch, dass der Schuldner wieder befähigt wird, durch neue Geschäftsverbindung mit ihnen die Verluste auszugleichen. Und nicht bloss die Gläubiger gewinnen. Auch das Gemeinwesen ist interessirt, auf welchem Wege, wie schnell und in welchem Umfange die entstandene Verkehrsstockung, die nie auf die Person des einen Schuldners beschränkt bleibt, oft unabsehbar weite Kreise ergreift, wieder gehoben wird. So verlangt der Vergleich, zur Wohlthat für den Schuldner vornehmlich aber im Interesse der Gläubiger und aus volkswirthschaftlichen Gründen, seine Stelle im Konkurse, nicht als Mittel zur Beseitigung, sondern als ein ordnungsmässiger Ausgang des Verfahrens; und wenn zwar der Weg des Vergleiches nicht wie der der Vertheilung anwendbar ist auf jeden einzelnen Fall, so erscheint er gegenüber dieser da, wo er nach Lage des Falles betreten werden kann, als der vortheilhaftere für alle Betheiligte."

2.

Angesichts der erwähnten Vortheile des Vergleichs hat sich die K.-O. nicht darauf beschränkt, die Abschliessung eines solchen zu fördern und der Fürsorge des Gerichts zu empfehlen, sondern sie hat nach dem Vorgang des gemeinen Rechts und den meisten neueren Gesetzgebungen Zwangsvergleiche zugelassen, welche, obwohl nur von einer Mehrheit der Gläubiger angenommen, unter gewissen Voraussetzungen dennoch für alle, auch für die nicht zustimmenden Gläubiger, bindend sind. Dies wurde in den Motiven, in welchen die geschichtliche Entwicklung dieser Einrichtung und die Gestaltung derselben in den verschiedenen Gesetzgebungen ausführlich dargelegt worden ist, in folgender Weise gerechtfertigt: „Die Bedürfnisse des Lebens haben die theoretischen Bedenken überwunden; und diese halten auch juristischer Prüfung nicht Stich. Wo einzelne Personen ihre Rechte selbständig ausüben, gilt allerdings keine Mehrheit der Stimmen. Aber die Konkursgläubiger bleiben nicht einzeln mit ihren Rechten; der Konkursanspruch Aller bringt sie in eine rechtliche Gemeinschaft und zwingende Mehrheitsbeschlüsse einer solchen finden selbst im formalen Rechte ihre Geltung, jedenfalls in dem höheren Werthe materieller Gerechtigkeit. Der gleiche vernünftige Zweck einzelner Schicksalsgenossen ist der sittliche Wille Aller. Ihm sich fügen müssen, beschädigt nicht die persönliche Freiheit; — ihn dem Widerspruch weniger Gläubiger zum Opfer bringen, beschädigt das allgemeine Recht." (M.: 392.)

Damit ein solcher Zwangsvergleich stattfinden kann, ist keineswegs erforderlich, dass ein Dritter für den Gemeinschuldner eintritt; vielmehr wird derselbe zwischen den Gläubigern und dem Gemeinschuldner abgeschlossen (§ 160). Ebensowenig wird vorausgesetzt, dass vorher eine Versilberung der Konkursmasse stattgefunden hat. Es ist zwar zulässig, dass vor Abschluss des Zwangsvergleichs und zur Erfüllung desselben die Konkursmasse verwerthet wird, aber es ist dies weder nothwendig, noch soll es nach dem System der K.-O. die Regel bilden. „Der Akkord soll den Schuldner befähigen und anspornen, die grösstmögliche Befriedigungsquote zu zahlen, es den Gläubigern erleichtern, die Geschäftsverbindung mit ihm aufzunehmen; dazu ist es nicht genug, den Schuldner auf den Beginn eines neuen Geschäfts zu verweisen; das laufende Geschäft und

das vorhandene Besitzthum muss ihm erhalten werden. Das ist vornehmlich die Rücksicht, welche Verwandte und Freunde bestimmt, für den Schuldner Opfer zu bringen." (M.: 396.) Der Vortheil, welcher für den Gemeinschuldner aus dem Zwangsvergleich erwächst, besteht darin, dass derselbe durch diesen Vergleich und die Uebernahme der darin festgestellten Verpflichtungen sofort, ohne dass erst deren Erfüllung abzuwarten ist, von seinen früheren Schulden entlastet und sonach sein gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen freigegeben wird. Auch denjenigen Gläubigern gegenüber, welche gegen den Zwangsvergleich gestimmt haben, tritt diese Entlastung, nicht eine blosse Zwangsstundung, ein. Der Zwangsvergleich bewirkt also „eine umfassende und dauernde Beseitigung alles Konkursverhältnisse, für die Gegenwart und Zukunft, für und gegen die sämmtlichen Gläubiger." (M.: 398.) Mit Rücksicht auf diesen Inhalt und diese Wirkungen des Zwangsvergleichs wurde das Wesen desselben in den Motiven (396) in folgender Weise charakterisirt. „Der Akkord muss seinem Wesen nach bestehen in einem Vergleich über Aufhebung der Vermögensbeschlagnahme, über eine Befriedigung der Gläubiger durch den Schuldner gegen Freigabe seines gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens. Dass der Vergleich thatsächlich erfüllt werde, dafür mögen die Gläubiger sich vorsehen; dafür mag der Inhalt des Vergleichs sorgen, durch Verpfändung und Bürgschaft oder in anderer Weise: durch Einbehaltung oder sichere Verwaltung einzelner Gegenstände, durch Beaufsichtigung des Schuldners in dem Betriebe seines Geschäfts oder der Erfüllung des Vergleichs, auch durch Abtretung bestimmter Vermögensstücke an die Gläubiger an Zahlungsstatt, behufs eigener Liquidation und Vertheilung u. s. w.; das Verfahren darf gesetzlich die Erfüllung nicht umfassen, daher auch nicht erst nach geschehener Erfüllung aufgehoben werden."

3.

Mit Rücksicht auf die umfassenden und dauernden Wirkungen des Zwangsvergleichs wurden besondere Garantieen für nothwendig erachtet zum Schutze der Gläubiger gegen das Zustandekommen leichtfertiger und schädlicher Vergleiche. Von der Auflegung eines besonderen Kollusionseides, der nach manchen Gesetzgebungen vom Gemeinschuldner und von den zustimmenden Gläubigern geleistet werden muss, wurde abgesehen, weil der Gemeinschuldner den Offenbarungseid leisten müsse, Kollusionen aber durch andere Beweismittel richtiger erforscht würden, als durch allgemeine Eidesversicherungen. (M.: 398.) Ebenso wurde von der Feststellung einer Minimalsumme, welche den Gläubigern geboten werden müsse, Umgang genommen. „Zunächst hat die Gesetzgebung dafür Vorsorge getroffen, dass der Vergleich auf sicherer Grundlage, unter Einhaltung bestimmter, die Gläubiger schützenden Formen, mit einem die Interessen Aller gleichmässig beachtenden Inhalt offen und lauter abgeschlossen werde." (M.: 398, 399; §§ 168, 169.) Ausserdem wurde im Interesse derjenigen Gläubiger, welche den Zwangsvergleich nicht angenommen haben, vorgeschrieben, dass derselbe erst durch die gerichtiche Prüfung und Bestätigung Wirksamkeit erlange. (§§ 170—173.) Diese Bestätigung soll

versagt werden, wenn der Vergleich dem gemeinsamen Interesse aller Gläubiger widerstreitet. Dagegen soll das Gericht, nicht wie es die pr. K.-O. (§ 193) vorschreibt, auch „das Interesse der öffentlichen Ordnung" wahren, und es soll die Prüfung, abweichend von den Bestimmungen der pr. K.-O., denen das Gesetz im Allgemeinen folgt, in der Regel nicht von Amtswegen, sondern nur dann eintreten, wenn wenigstens von einem Gläubiger die Verwerfung beantragt wird. (§§ 172, 173; M.: 401, 402.) Eine weitere Garantie für die Gläubiger liegt darin, dass der Abschluss eines Zwangsvergleichs vom Gesetz für unzulässig erklärt wird, „wenn die allgemeinen Umstände so liegen, dass der sachgemässe Abschluss oder die gerichtliche Bestätigung eines jeden Akkords von vornherein ausgeschlossen erscheint. Durch unfruchtbare Versuche darf das Konkursverfahren nicht verschleppt, die Befriedigung der Gläubiger nicht hingehalten und geschmälert werden." (M.: 400.) In dieser Beziehung wurde übrigens von der Aufstellung einzelner Präsumtionen (pr. K.-O. § 193 Nr. 2 und Nr 4a. und b.) und ebenso von dem Verbot einer Wiederholung des Akkordverfahrens (pr. K.-O. § 189 Nr. 3), weil eine solche Formaljustiz den Interessen der Gläubiger widerstreite, abgesehen und der freien Würdigung des einzelnen Falles durch das Gericht Raum gelassen. (§§ 172, 173; M.: 402, 403.) Mit Rücksicht auf diese Beseitigung des Uebermasses gesetzlicher und richterlicher Fürsorge und zum Zweck der Verstärkung der Selbstthätigkeit der Gläubiger wurde aber dann vorgeschrieben, dass der Vergleichsvorschlag des Gemeinschuldners in allen Fällen einer Vorprüfung durch den Gläubigerausschuss unterliege. (§ 164.)

4.

Einer besonderen Erwägung wurde bei Aufstellung des Entwurfs die Frage unterzogen, ob auch ein Akkordverfahren ausserhalb des Konkurses d. h. ein gerichtliches Verfahren zuzulassen sei, welches bestimmt ist, den Eintritt des Konkurses abzuwenden (Moratorial-, Akkord-, Ausgleichsverfahren, gerichtliche, Nachlass- oder Erlass-, Borg- oder Stundungsverhandlungen.) Man entschied sich aber dafür, dass unter der Voraussetzung eines die freie Bewegung nicht hemmenden Konkursverfahrens ein Vergleichsverfahren ausserhalb desselben theils überflüssig theils unzulässig sei. (M.: 431—435.) Diese Auffassung fand auch die Bewilligung der Reichstagskommission, welche sich mit allen gegen zwei Stimmen gegen die Aufnahme derartiger Bestimmungen erklärte. (K.: 126, 127.)

§ 160.

Sobald der allgemeine Prüfungstermin abgehalten und so lange nicht die Vornahme der Schlussvertheilung genehmigt worden ist, kann auf den Vorschlag des Gemeinschuldners zwischen diesem und den nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern ein Zwangsvergleich geschlossen werden.

(E.: § 160. M.: 403—406. K.: 111; pr. K.-O. § 181.)

1.

Zeit für die Abschliessung des Zwangsvergleichs.

Vor dem allgemeinen Prüfungstermin (§ 129) darf ein Zwangsvergleich nicht abgeschlossen werden, weil erst bis dahin eine gehörige Grundlage für einen solchen Vertrag gegeben und auch vorher eine Uebersicht über die Konkursmasse, und die theilnahmeberechtigten Gläubiger und desshalb eine richtige Beurtheilung der Vergleichsvorschläge nicht möglich ist. „Von diesem Zeitpunkte ab bleibt es dem Gemeinschuldner vorbehalten, den nach Lage der Sache geeigneten Zeitpunkt auszuwählen. Das Streben, sich das Vermögen möglichst intakt zu erhalten, und das Verlangen der Gläubiger nach baldiger Befriedigung wird diese wie jenen bestimmen, den Abschluss des Akkords womöglich auf den frühesten Zeitpunkt zu verlegen. Häufig werden jedoch die Umstände einen späteren Zeitpunkt erforderlich machen.“ (M.: 403, 404.) Das Gesetz verbietet übrigens nur, dass vor Abhaltung des allgemeinen Prüfungstermins der Zwangsvergleich abgeschlossen wird, nicht dass schon vorher durch den Gemeinschuldner ein Vergleichsvorschlag gemacht und dieser durch den Gläubigerausschuss gemäss § 164 geprüft wird. Nach den Motiven (403) könnte es zwar scheinen, dass auch der Vergleichsvorschlag erst nach Abhaltung des allgemeinen Prüfungstermins erfolgen dürfe, denn es wird dort gesagt, dass sich der Zeitpunkt, „von welchem ab der Vorschlag und Abschluss eines Akkordes zulässig erscheint,“ durch zweierlei Rücksichten bestimme. Diese Auffassung steht aber im Widerspruch mit der Vorschrift des § 167, nach welchem der Vergleichstermin mit dem allgemeinen Prüfungstermin verbunden werden kann. Wird von dieser Befugniss Gebrauch gemacht, so muss (nach § 166) der Vergleichsvorschlag und die Erklärung des Gläubigerausschusses schon bei der Einladung zur Versammlung mitgetheilt werden.[1])

Dass die Schlussvertheilung jeden Versuch eines Zwangsvergleichs abschneidet, ergibt sich aus der Natur der Sache, wurde aber im § ausdrücklich gesagt, weil nach dem bisher geltenden Recht vielfach Streit darüber bestand, von welchem Zeitpunkt an die Schlussvertheilung als eingetreten gelte und desshalb ein Zwangsvergleich ausgeschlossen sei. „Nach den Bestimmungen der K.-O. (§§ 149, 138) wird der Augenblick entscheidend sein müssen, mit dem das Gericht die vom Verwalter beziehentlich mit Zustimmung des Gläubigerausschusses beantragte V o r n a h m e der Schlussvertheilung genehmigt hat.“ (M.: 404.) Ist diese Genehmigung erfolgt (§ 149 Abs. 2), so muss jeder nachträglich vom Gemeinschuldner gemachte Vergleichsvorschlag zurückgewiesen werden. Wird der Vorschlag vor dieser Genehmigung eingereicht, so wird die Genehmigung der Vornahme der Schlussvertheilung und die Anberaumung des Schlusstermins zu unterbleiben haben, bis über den Zwangsvergleich entschieden ist. Jedenfalls muss aber, selbst wenn das Gericht, weil es die Zurückweisung des Vorschlags erwartet, vorsorglicher Weise den Schlusstermin festsetzt, der Vergleichsvorschlag in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise geprüft und beschieden werden. Es wird nicht etwa der Abschluss des Zwangsvergleichs unzulässig, wenn nach

[1]) V. Hullmann § 160 Bem. 3 S. 309; v. Wilmowski ebendas. Bem. 1 S. 295; Wengler ebendas. Bem. 1 S. 607, 608. A. M. scheint v. Völderndorff § 160 Bem. c. Bd. II. S. 455.

Einreichung des Vorschlags, aber vor Erledigung desselben die Vornahme der Schlussvertheilung genehmigt wird.[1])

2.

Personen, welche den Zwangsvergleich abschliessen.

„Die den Vergleich schliessenden Theile sind der Gemeinschuldner und die Konkursgläubiger.“ (M.: 404.) Der Vorschlag zum Vergleich muss vom Gemeinschuldner auch dann ausgehen, wenn ein Dritter sich desselben annimmt, und von dessen Entscheidung das Zustandekommen des Vergleichs abhängt. Auch ist der Gemeinschuldner immer derjenige, welcher den Vertrag abschliesst. Die Berechtigung zum Vorschlag steht dem nichtkaufmännischen Gemeinschuldner in gleicher Weise wie dem in Konkurs gerathenen Kaufmann zu. Der Vergleichsvorschlag ist bei dem Konkursgericht einzureichen. Was die Gläubiger anbelangt, so „konnte nach dem System der K.-O. ein Zweifel darüber nicht aufkommen, dass die Massegläubiger und die Absonderungsberechtigten und zwar letztere, soweit deren Forderungen durch das Hypotheken-, Pfand- oder sonstige Absonderungsrecht gedeckt werden, ausserhalb des Zwangsvergleiches bleiben müssen, dass sie weder berechtigt sind, an dem Abschlusse theilzunehmen, noch den Wirkungen desselben unterliegen. Der Akkord hat es nur mit Beseitigung der Konkursverhältnisse zu thun, erstreckt sich also nur auf die Konkursgläubiger.“ (M.: 405.) Welches Stimmrecht solchen Absonderungsberechtigten zukommt, welche ihre etwaigen Ausfallsforderungen im Konkursverfahren geltend machen, entscheidet nach § 88 das Gericht. Dass die bevorrechtigten Gläubiger (§ 54), obgleich sie zu den Konkursgläubigern gehören, nach dem Vorgange der pr. K.-O. (§§ 185, 197) von dem Wirkungen des Zwangsvergleichs und desshalb auch von der Theilnahme an der Beschlussfassung ausgeschlossen wurden (v. auch § 176), hat darin seinen Grund, dass diese Gläubiger sich doch nie dazu verstehen würden, von ihren Ansprüchen etwas aufzugeben und dass es ungerecht sein würde, sie durch einen Beschluss der ihnen nachgesetzten Gläubiger hiezu zu nöthigen. (M.: 405.) Zum Schutz der bevorrechtigten Gläubiger gegen eine in Folge der Aufhebung des Konkurses eintretende Benachtheiligung dient die Vorschrift des § 176 Abs. 2.

§ 161.

Der Vergleichsvorschlag muss angeben, in welcher Weise die Befriedigung der Gläubiger erfolgen, sowie ob und in welcher Art eine Sicherstellung derselben bewirkt werden soll.

(E.: § 161. M.: 406—408. K.: 111.)

[1]) V. dagegen von Völderndorff (§ 160 Bem. c. Bd. II. S. 455), welcher es nicht nur für zulässig hält, dass das Gericht ungeachtet eines vom Gemeinschuldner gemachten Vergleichsvorschlags die Schlussvertheilung genehmigt, sondern die Ansicht ausspricht, wenn es bis zum Schlusstermin, oder im Beginne desselben nicht gelinge, den Vergleich zu Stande zu bringen, habe es bei der Vertheilung sein Bewenden und sei der Akkord hienach beseitigt.

Der Inhalt des Zwangsvergleichs kann zwar erst in der gerichtlichen Vergleichsverhandlung (§ 166) festgestellt werden. Die Gläubiger sollen aber nicht genöthigt sein, auf die blosse Erklärung des Gemeinschuldners hin, dass er ein Zwangsvergleichsverfahrens beabsichtige, in ein solches einzutreten. „Müsste das Akkordverfahren auf blossen, unbestimmten Antrag des Schuldners eintreten, so würde es ihm leicht sein, der Versilberung der Masse und dem Fortgang des Vertheilungsverfahren fruchtlosen Einhalt zu thun; jedenfalls würde den Gläubigern die unentbehrliche Vorlage, um ihre Entschliessung vorsorglich fassen zu können, und dem Verfahren die sichere Grundlage entzogen werden; die Anwendung eines Kontumazialpräjudizes gegen die ausbleibenden Gläubiger würde sich nicht rechtfertigen lassen. Es waren dies in der Praxis fühlbar gewordene Missstände, denen erst die Novelle zur pr. K.-O. abzuhelfen gesucht hat. Der Akkordantrag muss einen bestimmten Vergleichsvorschlag enthalten, insbesondere auch angeben, ob und in welcher Weise für die Erfüllung des Vergleichs Sicherheit geboten wird. Die K.-O. betrachtet den Vergleichsvorschlag als die Vertragsofferte, über welche die weitere Verhandlung und Abstimmung eintreten soll." (M.: 408.) Entspricht der Vorschlag des Gemeinschuldners den gesetzlichen Vorschriften nicht, so muss er, wie sich sowohl aus der Fassung des Gesetzes („muss") als aus dem Grund desselben ergibt, zurückgewiesen werden. Eine Erneuerung kann jedoch in jedem Augenblick erfolgen, und es ist dann dem Vorschlag Folge zu geben, wenn die Mängel desselben verbessert worden sind. Auch wird es zulässig sein, dass der Konkursrichter, statt den Vorschlag ohne Weiteres zurückzuweisen, den Gemeinschuldner zunächst auf die vorhandenen Mängel aufmerksam macht und zur Ergänzung auffordert. Wird der Vergleichsvorschlag wegen formeller Mängel zurückgewiesen, so ist er nicht im Sinne des § 163 „vom Gericht verworfen". Die Vorschrift dieses § kann also nicht zur Anwendung kommen.[1]) Für die Ausführung der vom Gemeinschuldner angebotenen Sicherheitsbestellung Vorsorge zu treffen (§ 200 der pr. K.-O.), wurde nicht für die Sache der K.-O. gehalten. (M.: 408.)

Ob und wie lange der Gemeinschuldner den von ihm gemachten Vorschlag widerrufen kann, ist nach dem geltenden bürgerlichen Rechte zu beurtheilen. Im Allgemeinen wird der Grundsatz gelten, dass derselbe sein Anerbieten zurückziehen kann, solange dasselbe nicht von den Gläubigern angenommen worden ist. (V. auch § 163.) [2])

§ 162.

Ein Zwangsvergleich ist unzulässig:

1. so lange der Gemeinschuldner flüchtig ist oder die Ableistung des Offenbarungseides verweigert;
2. so lange ein wegen betrüglichen Bankerutts gegen

[1]) V. von Völderndorff § 161 Bem. b. Bd. II. S. 462.

[2]) Von Völderndorff § 161 Bem. a. II. Bd. II. S. 459 ff.; von Sarwey § 163 Bem. 6 S. 655.

den Gemeinschuldner eröffnetes Hauptverfahren oder wiederaufgenommenes Verfahren anhängig ist;

3. wenn der Gemeinschuldner wegen betrüglichen Bankerutts rechtskräftig verurtheilt worden ist.

(E.: § 162. M.: 408. 409. K.: 111; pr. K.-O. § 189.)

1.

Die im § aufgezählten Fälle gesetzlicher Unzulässigkeit eines Zwangsvergleichs beschränken sich auf solche allgemeine Umstände, welche die Annahme oder Bestätigung eines Vergleichsvorschlags ohne Rücksicht auf dessen Inhalt unbedingt ausschliessen. (Vorbem. 3.) Liegt einer der fraglichen Umstände vor, wenn der Vergleichsvorschlag gemacht wird, so ist derselbe vom Gericht zurückzuweisen. Tritt ein solcher Umstand später ein, so ist die gerichtliche Bestätigung (§ 170) zu versagen.

Handelt es sich um den Konkurs über das Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien (§§ 198 ff.) oder über einen Nachlass (§§ 202 ff.), so wird der Zwangsvergleich, da der Vorschlag von sämmtlichen persönlich haftenden Gesellschaftern bezw. sämmtlichen Erben oder Nachlassvertretern ausgehen muss (§§ 200 und 206) schon dann unzulässig sein, wenn einer der in Frage stehenden Umstände bezüglich eines Gesellschafters oder Erben vorliegt.[1])

Im Konkurs über eine eingetragene Genossenschaft kann nach § 196 Abs. 2 ein Zwangsvergleich überhaupt nicht stattfinden.

2.

Mit einem flüchtigen Gemeinschuldner kann ein Zwangsvergleich nicht abgeschlossen werden. Die Unzulässigkeit dauert jedoch nur, solange der Gemeinschulder flüchtig ist. Den Zwangsvergleich, wie es in der preussischen Rechtsprechung geschah, auch in dem Falle für unzulässig zu erklären, in welchem der flüchtige Gemeinschuldner zurückgekehrt ist, wurde für unzweckmässig gehalten, weil gerade die Möglichkeit, einen solchen Vergleich zu schliessen, den Gemeinschuldner häufig zur Rückkehr bestimme und der Masse vorenthaltenes Vermögen zuführe. Dem Umstand, dass der Gemeinschuldner flüchtig ist, steht die Verweigerung des Offenbarungseides gleich. „Ohne Inventar und Bilanz und deren eidliche Bekräftigung (§§ 114, 115) entzieht der Akkordvorschlag sich jeder Beurtheilung; zudem erregt die Weigerung des Eides Verdacht. Anderweite Renitenz des Gemeinschuldners steht nicht auf gleicher Stufe.“ (M.: 409.)

3.

„Die Verurtheilung des Gemeinschuldners wegen betrüglichen Bankerutts lässt denselben jeden Vertrauens unwürdig erscheinen; kein

[1]) V. von Völderndorff (§ 162 Bem. a. II. Bd. II. S. 465.) A. M. war bezüglich der pr. K.-O. Hartmann (Gruchots Beiträge zur Erläuterung des pr. Rechts Bd. II. Nr. V. S. 293 ff.) Aber die pr. K.-O. kannte auch keine Vorschriften, wie die der §§ 200 und 206.

Gläubiger darf genöthigt werden, sich mit ihm fernerhin einzulassen; im Interesse der Sittlichkeit und des öffentlichen Kredits muss gegen ihn die ganze Strenge des Gesetzes in Anwendung kommen; diesen höheren Rücksichten gegenüber würde selbst der Umstand, dass der Akkord für die Gläubiger vortheilhaft sein könnte, die Zulassung desselben nicht rechtfertigen." (M.: 409.) Ist eine rechtskräftige Verurtheilung erfolgt, so ist ein Zwangsvergleich mit dem verurtheilten Gemeinschuldner ein für allemal ausgeschlossen, auch falls derselbe später begnadigt werden sollte. Jedoch wird dies nur von der Verurtheilung gelten, die mit dem in Frage stehenden Konkurs zusammenhängt. Hat ein wegen betrüglichen Bankerutts Verurtheilter nach Verbüssung seiner Strafe wieder ein Geschäft angefangen und ist neuerdings in Konkurs gerathen, so wird die Vorschrift des § nicht anwendbar sein.[1]) Ausserdem ist ein Zwangsvergleich unzulässig, wenn wegen betrüglichen Bankerutts (§ 209) das Hauptverfahren gegen den Gemeinschuldner eröffnet worden ist (§§ 201 ff., 270 St.-P.-O.) und es dauert diese Unzulässigkeit so lange fort, als nicht der Beschuldigte freigesprochen und das Urtheil rechtskräftig geworden ist. „Erst mit der rechtskräftigen Freisprechung ist der Schuldner entlastet." (M.: 409.) Wird das durch ein solches Urtheil abgeschlossene Verfahren wieder aufgenommen (§§ 399 ff. St.-P.-O), so wird der Zwangsvergleich von Neuem unzulässig. Durch ein Strafverfahren oder eine Verurtheilung wegen einfachen Bankerutts (§ 210) wird die Zulässigkeit des Zwangsvergleichs nicht berührt. Vielmehr bleibt es der Beurtheilung der Gläubiger und dem pflichtmässigen Ermessen des Gerichts überlassen, welches Gewicht einer solchen Verurtheilung oder Untersuchung beizulegen ist. (M.: 409.)

§ 163.

Auf Antrag des Verwalters und, wenn ein Gläubigerausschuss bestellt ist, des letzteren kann das Gericht den Vergleichsvorschlag zurückweisen, wenn bereits in dem Konkursverfahren ein Vergleichsvorschlag von den Gläubigern abgelehnt oder von dem Gerichte verworfen oder von dem Gemeinschuldner nach der öffentlichen Bekanntmachung des Vergleichstermins zurückgezogen worden ist.

§ 164.

Wird der Vergleichsvorschlag nicht zurückgewiesen, so hat der Gläubigerausschuss sich über die Annehmbarkeit des Vorschlags zu erklären.

Erklärt der Gläubigerausschuss den Vorschlag nicht für annehmbar, so ist ein Widerspruch des Gemeinschuld-

[1]) V. von Völderndorff § 162 Bem. h. Bd. II. S. 469.

ners gegen die Verwerthung der Masse nicht zu berücksichtigen.

(E.: §§ 163. 164. M.: 410. 411. K.: 111; pr. K.-O. § 189 Nr. 3.)

1.

Die Wiederholung eines bereits abgelehnten oder zurückgezogenen Vergleichsvorschlags ist nach der K.-O. nicht (wie nach § 193 Nr. 3 der Novelle zur pr. K.-O.) unzulässig. Es soll aber auch dem Gemeinschuldner nicht das Recht zustehen, die Gläubiger immer wieder mit seinen bereits zurückgewiesenen Vorschlägen zu behelligen. Desshalb ordnet § 163 für den Fall der Wiederholung eines bereits verworfenen Vorschlags eine Vorprüfung desselben an, und gestattet je nach Lage des Falles eine Zurückweisung des Vergleichsvorschlages und damit des Vergleichsverfahrens durch das Gericht. „Dieses soll auch hier nicht von Amtswegen über die Angelegenheiten der Gläubiger verfügen; es soll die Entscheidung fällen, ob dem Vergleichsvorschlage oder einem diesem entgegenstehenden Antrag auf Zurückweisung nachzugeben sei. Wollte die K.-O. nicht von dem Prinzipe der Selbstverwaltung der Gläubiger abweichen, so konnte sie dem etwa bestellten Ausschusse derselben die Stellung des Antrages nicht entziehen. Um aber die Wahrnehmung sowohl des allseitigen Interesses der Gläubiger, auch derer, welche thatsächlich den bestehenden Ausschuss nicht gewählt haben, als des Interesses des Gemeinschuldners in möglichster Weise zu sichern, verlangt die K.-O. den übereinstimmenden Antrag zugleich des Konkursverwalters, dessen Stellung und Sachkenntniss eine mehr als begutachtende Mitwirkung erfordert; ist ein Gläuberausschuss nicht bestellt, so hat selbstverständlich der Antrag vom Verwalter allein auszugehen." (M.: 411.) Das hier vorgesehene Verfahren greift auch dann Platz, wenn der frühere Vergleichsvorschlag vom Gericht verworfen wurde, und die Gründe der Verwerfung zugleich auf den neuen Vorschlag zutreffen. Von der Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache kann hier, wie auch in den Motiven bemerkt wurde, nicht die Rede sein und es soll eine nochmalige Prüfung auch desshalb zugelassen werden, weil „die Beurtheilung der sich gleichgebliebenen Verhältnisse eine andere und richtigere geworden sein kann." (M.: 410.)[1])

2.

Falls der Vergleichsvorschlag nicht auf Grund der §§ 161—163 zurückgewiesen wird, hat nach § 164 eine Vorprüfung desselben durch den Gläubigerausschuss einzutreten, sofern ein solcher bestellt worden ist. „Der Ausschuss kann zwar dem Willen der einzelnen Gläubiger nicht vorgreifen; über die Annahme des vorgeschlagenen Vergleichs zu entscheiden, ist nicht Sache der allgemeinen Verwaltung, sondern individueller Entschliessung. Wohl aber empfahl

[1]) V. auch von Sarwey § 163 Bem. 4 S. 655. A. M. ist Hullmann (ebendas. Bem. 2 S. 313), welcher die Ansicht ausspricht, wenn die Gründe des früheren Verwerfungsbeschlusses auch dem wiederholten Vergleichsvorschlag entgegenstünden, sei derselbe auf Grund der Rechtskraft dieses Beschlusses ohne Weiteres abzuweisen.

es sich, dass, wenn die Gläubiger zu ihrer Vertretung sich ein besonderes Organ bestellt haben, dieses die Annehmbarkeit des Vergleichsvorschlags begutachtend prüfe. Dem nicht bejahenden Ausspruch war die rechtliche Wirkung beizulegen, dass er einen Widerspruch des Gemeinschuldners gegen die fortschreitende Versilberung der Masse (§§ 121 Nr. 1 und 122) entkräftet. Vorzugsweise indess fällt der thatsächliche Einfluss ins Gewicht, den die Vorprüfung in allen Fällen üben wird. Sie wird das geeignetste Mittel bilden, die für die Gläubiger unentbehrliche Information zu beschaffen, den geeignetsten Weg, die Vergleichsbedingungen dem Stande der Sache entsprechend mit dem Gemeinschuldner zu reguliren, und wird dem einzelnen, namentlich dem entfernten Gläubiger für seine Entschliessung, dem Schuldner für den Erfolg seines Vorschlages den sichersten Anhalt bieten.“ (M.: 411.) Ehe der Ausschuss sein Gutachten abgibt, kann er vom Gemeinschuldner (gemäss § 92) Auskunft über die in Betracht kommenden Verhältnisse verlangen, und wird auch berechtigt sein, mit diesem und dem Dritten, welcher den Vergleich zu Stande bringen will, zu verhandeln und seinen Einfluss dahin geltend zu machen, dass der Vergleichsvorschlag eine annehmbare Gestalt erhalte. (Bem. 3 zu §§ 165 ff.) Erklärt der Gläubigerausschuss den Vorschlag nicht für annehmbar, so wird das Verfahren fortgesetzt, und die Entscheidung der Gläubigerversammlung eingeholt. Es wird aber dann vom Verwalter mit der Verwerthung der Masse fortgefahren, während im anderen Falle das Gericht die Fortsetzung der Verwerthung (nach § 123) vorläufig untersagen kann.

§ 165.

Der Vorschlag und die Erklärung des Gläubigerausschusses sind auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Betheiligten niederzulegen.

§ 166.

Der Vergleichstermin soll nicht über einen Monat hinaus anberaumt werden. Der Termin ist öffentlich bekannt zu machen. Zu demselben sind unter Mittheilung des Vergleichsvorschlags und des Ergebnisses der Erklärung des Gläubigerausschusses die nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger, welche Forderungen angemeldet haben, besonders zu laden.

§ 167.

Auf Antrag des Gemeinschuldners und, wenn ein Gläubigerausschuss bestellt ist, des letzteren kann das Gericht

den Vergleichstermin mit dem allgemeinen Prüfungstermin verbinden.

(E.: §§ 165—167. M.: 411—414. K.: 111. 184; pr. K.-O. §§ 183. 184.)

1.

„Der Vergleichsvorschlag ist, wie jedes den Gang des Konkursverfahrens bestimmende Gesuch, bei dem Gericht einzureichen. Geschieht die Einreichung vor der Abhaltung oder dem Schlusse des Prüfungstermins, so ist es Sache des Gemeinschuldners, die Konstatirung dessen zu beantragen, um den Eintritt des durch § 121 Nr. 1 vorgesehenen Falles ausser Zweifel zu stellen. Ob die Vorprüfung des Vorschlags durch den Verwalter in Gemässheit des § 163 und durch den Gläubigerausschuss in Gemässheit des § 163 und des § 164 vor der Einreichung an das Gericht seitens des Gemeinschuldners betrieben oder nach der Einreichung seitens des Gerichts veranlasst wird, ist gleichgültig und wird den Umständen entsprechend zu erfolgen haben. Auch ist dem Gläubigerausschusse und dem Verwalter der Weg der Verständigung unter sich und mit dem Gemeinschuldner (§ 92) anheimgestellt.“ (M.: 412.)

2.

Zur Vorbereitung der Gläubiger auf den Vergleichstermin (Bem. 3) dient zunächst die Vorschrift des § 165, nach welcher der Vergleichsvorschlag und die Erklärung des Gläubigerausschusses auf der Gerichtsschreiberei aufzulegen ist, ausserdem aber auch die Art der Bekanntmachung des Vergleichstermins und die Art und Weise, in welcher die zur Abstimmung berechtigten Konkursgläubiger vorzuladen sind. Dass auch Inventar und Bilanz auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht offen liegen (§ 114), braucht, wie in den Motiven (413) hervorgehoben wurde, in der Ladung nicht ausdrücklich bemerkt zu werden. Das Verlangen, auszugsweise einen Status anfertigen und den Gläubigern zustellen zu lassen, wurde ebendaselbst für unberechtigt erklärt, weil es ohne wesentlichen Nutzen sei, aber eine kostspielige Schreiberei verursachen würde. In der Reichstagskommission wurde es auffällig gefunden, dass eine Ladung des Gemeinschuldners und des Verwalters nicht vorgeschrieben sei, worauf Regierungsrath Hagens bemerkte, dass bezüglich des Gemeinschuldners, welcher der betreibende Theil sei, wie bezüglich des Verwalters die öffentliche Bekanntmachung genüge und eine besondere Ladung nicht nothwendig sei. (K.: 184.)

Dem Vergleichstermin einen besonderen Erörterungstermin zur Klarstellung der Stimmberechtigung der Gläubiger (§ 182 Abs. 3 der pr. K.-O.) vorhergehen zu lassen, erschien mit Rücksicht auf die Vorschriften der §§ 87 und 88 als überflüssig. In dieser Beziehung wurde in den Motiven (413) bemerkt: „Mit der Prüfung jeder streitig gebliebenen und nicht inzwischen nach § 132 oder 135 festgestellten Forderung ist über deren Zulassung zum Abstimmen durch das Gericht bereits entschieden. (§ 87 Abs. 1.) Nach dem Prüfungstermin angemeldete Forderungen werden in der Regel noch vor dem Vergleichstermin zur Prüfung gebracht werden können. (§ 130.) Für die geringen

Ausnahmen wird es dem Richter nicht schwer fallen, die Entscheidung in Gemässheit des § 87 Abs. 2 noch vor der Verhandlung in dem Vergleichstermin zu treffen; die Gefahr einer ungenügenden Vorbereitung und demnach ungünstigen Entscheidung wird die Gläubiger vor zu späten Anmeldungen zurückschrecken. Anmeldungen im Vergleichstermine selbst brauchen nicht an- oder aufgenommen zu werden. (§ 127.) Es bleibt sonach möglich und empfehlenswerth, auf Grund der Tabelle eine Liste der stimmberechtigten Gläubiger vor dem Vergleichstermin vorzubereiten; sie kann freilich wegen der beregten Festsetzungen erst in dem Termin abgeschlossen werden."

3.

Die Beschlussfassung der Gläubiger über den der Vorprüfung unterworfenen Vergleichsvorschlag erfolgt in einem gerichtlichen Termine, dem Vergleichstermine, dessen Abhaltung nach der K.-O. als unerlässlich erscheint und dessen Ergebniss die Grundlage für das weitere Verfahren bildet. „Nur was in diesem Termin verhandelt ist, kann die Grundlage für die richterliche Bestätigung und die weiteren rechtlichen Folgen mit Sicherheit bilden; was vorher geschehen, dient zur Vorbereitung des Ergebnisses; nachträgliche Ergänzungen und Aenderungen sind einflusslos auf dasselbe. Darum dürfen nur diejenigen Erklärungen der Gläubiger für den Abschluss entscheiden, welche von ihnen oder für sie im Vergleichstermine abgegeben wurden." (M.: 412). Vorschriften, welche das sogenannte Kolportiren des Vergleichsvorschlags gestatten, wurden für schädlich gehalten, weil sich der einzelne Gläubiger ausserhalb der Verhandlung vielfach, sei es durch Ueberredung zu nicht erwogenem Beitritt gewinnen, sei es zur Ausbedingung besonderer Vortheile bestimmen lasse. Es wurde aber auch von einer in vielen Gesetzgebungen vorkommenden Vorschrift abgesehen, nach welcher das persönliche Erscheinen des Gemeinschuldners im Termine eine Vorbedingung für die Verhandlung bildet. Hiebei war einestheils massgebend, dass der Gemeinschuldner sich seiner Verpflichtung zur Auskunftsertheilung (§§ 92, 93) ohnedies nicht entziehen dürfe und sich auch im eigenen Interesse ohne Noth dem Erscheinen nicht entziehen werde. Anderntheils wurde erwogen, dass der Abschluss des Vergleichs auf Grund des urkundlich festgestellten Vorschlags und die Verhandlung über denselben durch einen Vertreter des Gemeinschuldners erfolgen könne und dass manchmal, ganz abgesehen von Krankheits- und Verhinderungsfällen, eine Vertretung des Gemeinschuldners für den Abschluss des Vergleichs förderlicher sei als dessen persönliches Erscheinen. (M.: 412.) Bezüglich der Verhandlung im Vergleichstermin wurde in den Motiven (413, 414) zutreffend bemerkt: „In dem Vergleichstermine wird der Richter nach Feststellung der Stimmrechte die Verhandlung über den Vergleichsvorschlag zu eröffnen haben; der Gemeinschuldner hat ihn zu begründen, der Verwalter und Gläubigerausschuss sich gutachtlich zu äussern. Der Richter hat dafür zu sorgen, dass der Vorschlag genau, vollständig und den gesetzlichen Bestimmungen gemäss sei, eine Abstimmung mit Ja und Nein, und im Falle der Annahme und Bestätigung eine Aufhebung des Verfahrens nach Vorschrift des Gesetzes ermögliche. Die Befugniss, durch Mehrheitsbeschluss die Abstimmung über den Vergleichsvorschlag bis zu einem neuen Termine auszusetzen (pr. K.-O. § 184 Abs. 3), ergibt sich

nach der K.-O. von selbst; dem ständigen Gläubigerausschuss liegt die Klarstellung der Sache ob und, falls ausnahmsweise wegen ungenügender Aufklärung der Vergleich abgelehnt wird, ist eine Wiederholung des Vergleichsvorschlags zugelassen. — Enthält der Vergleich mehrere selbständige Stipulationen, so kann über die einzelnen Stipulationen getrennt abgestimmt werden; jedoch sind die angenommenen Stipulationen nochmals im Ganzen zur Abstimmung zu bringen. Wird in solcher Weise der Vergleichsvorschlag in einzelnen Theilen angenommen, in anderen abgelehnt, so gilt der Vergleich nur dann als geschlossen, wenn der Gemeinschuldner und die etwa für ihn eingetretenen Dritten in den Wegfall der abgelehnten Stipulationen ausdrücklich willigen. — Der wesentliche Hergang der Verhandlung, die Entscheidungen des Gerichts, eine Abänderung des Vergleichsvorschlags, die Abstimmung der Gläubiger und die Verkündung ihres Resultats müssen in das Protokoll oder eine Anlage desselben aufgenommen werden; der Unterzeichnung desselben durch die Betheiligten bedarf es nicht. (V. C.-P.-O. §§ 148, 149.)“

4.

Zur Begründung der im § 167 enthaltenen Vorschrift wurde in den Motiven (412) bemerkt: „Um der Sache schleunigen Fortgang zu gewähren, beschränkt die K.-O. die Ladungsfrist auf einen Monat und gestattet dem Gericht auf übereinstimmenden Antrag des Verwalters und des Gläubigerausschusses oder, wenn ein solcher nicht bestellt ist, auf den Antrag des Verwalters, den Vergleichstermin mit dem allgemeinen Prüfungstermin zu verbinden. Durch diese Befugniss wird ermöglicht, ein Konkursverfahren von der Eröffnung in Gemässheit der §§ 126, 128 in etwa zwei Monaten und im Falle des § 102 Abs. 2 in einem Monate durch Akkord zu beendigen. Von dieser Befugniss wird allerdings mit Rücksicht auf eine möglichst zahlreiche Betheiligung der Gläubiger nur ausnahmsweise Gebrauch gemacht werden dürfen.“ Zwischen diesen Erläuterungen und dem Wortlaut des § besteht insofern keine Uebereinstimmung, als das Gesetz von einem Antrag des Gemeinschuldners und des Gläubigerausschusses spricht, während die Motive voraussetzen, dass der Verwalter und der Gläubigerausschuss den Antrag zu stellen haben. Es scheint, dass bei Aufstellung des Entwurfs ein Druckfehler oder ein sonstiges Versehen unterlaufen ist, welches im Laufe der Gesetzgebungsverhandlungen nicht entdeckt wurde, und dass ursprünglich die Absicht bestand, einen Antrag des Verwalters und des Gläubigerausschusses zu verlangen.[1]) Nach der positiven Bestimmung des Gesetzes und da ein Druckfehler bei Veröffentlichung desselben nicht in Frage steht, die Bestimmung desselben vielmehr mit dem Entwurf übereinstimmt, muss aber ein Antrag des Gemeinschuldners verlangt, und ein solcher des Verwalters als überflüssig angesehen werden. Ein besonderer Nachtheil wird, auch wenn ein Versehen vorliegt, aus demselben nicht entstehen, da der Gemeinschuldner das dringendste Interesse hat, die Verhandlung über seinen Vorschlag zu beschleunigen und das Gericht ohnedies in der Lage ist, den Verwalter zu hören und auf dessen Ansicht das ihr gebührende Gewicht zu legen. Auch wenn Gemeinschuldner, Verwalter und Gläubigerausschuss die Ver-

[1]) V. von Völderndorff §§ 166 ff. Bem. i. Bd. II. S. 483, 484.

bindung der Termine beantragen, ist das Gericht nicht genöthigt, deren Antrag zu entsprechen („kann“).

§ 168.

Der Vergleich muss allen nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern gleiche Rechte gewähren. Eine ungleiche Bestimmung der Rechte ist nur mit ausdrücklicher Einwilligung der zurückgesetzten Gläubiger zulässig. Jedes andere Abkommen des Gemeinschuldners oder anderer Personen mit einzelnen Gläubigern, durch welche diese bevorzugt werden sollen, ist nichtig.

(E.: § 168. M.: 407. 408. K.: 111; pr. K.-O. § 186 Nr. 3.)

„Das Erforderniss, welches die K.-O. unwandelbar für den Inhalt eines jeden Zwangsvergleichs aufstellt, ist unbedingte Gleichheit für alle von ihm betroffenen Gläubiger. Der Akkord darf der Majorität nicht andere Rechte gewähren als der Minorität, den stimmenden Gläubigern nicht andere als den ausbleibenden, den bekannten nicht andere als den unbekannten — nicht höhere Prozentsätze, nicht bessere Bedingungen, nicht grössere Sicherheit. Eine ungleiche Bestimmung der Rechte ist nur mit ausdrücklicher Einwilligung der zurückgesetzten Gläubiger zulässig. Es wird nicht gerade verlangt, dass diese Einwilligung in der gerichtlichen Vergleichsverhandlung ausgesprochen werde, die Zurückgesetzten mögen ihre Zustimmung auch in einer besonderen, vorzulegenden Erklärung gültig abgeben, ebenso wie ein über die vorzugsweise Behandlung der Einen getroffenes Nebenabkommen durch ausdrückliche Zustimmung der Anderen in der gerichtlichen Verhandlung genehmigt werden mag — solche Nebenabkommen bilden einen Theil des gerichtlichen Vergleichs. Jedes sonstige Nebenabkommen aber, durch welches einzelnen Gläubigern vom Gemeinschuldner oder einem Dritten ein besonderer Vergleich, abweichend vom Inhalte des Akkords, geboten wird, ist nicht zu dulden. Es setzt den Akkord der Verwerfung (§ 173 Nr. 1) und der Anfechtung (§ 182) und die Kontrahenten der Bestrafung aus. (§§ 211, 213.) Das Nebenabkommen darf aber, selbst wenn das Strafgesetz ausser Anwendung bleiben müsste, auch nicht einmal zwischen den Kontrahenten rechtliche Wirksamkeit beanspruchen. Nach gemeinem Recht wird dies überall von Theorie und Praxis schon jetzt als eine Konsequenz aus der Zwangsnatur des Akkords geltend gemacht. Es erschien jedoch rathsam, etwaigen Zweifeln durch eine ausdrückliche Vorschrift zu begegnen und dadurch das Begehren solcher Nebenversprechen zu ersticken.“ (M.: 407.) Die Vorschrift des § muss auch dann zur Anwendung kommen, wenn die ungleiche Behandlung dadurch verschleiert wird, dass einzelne Gläubiger zufolge einer Cession, welche sich als Abkauf des Stimmrechts darstellt, ausscheiden[1]) und sie kann auch dann Anwendung finden,

[1]) V. Erk. des pr. Obertribunals vom 18. Dez. 1862, Striethorst Bd. 46 Nr. 65 S. 353 ff.

wenn ein Bürge für einen Theil der Forderungen, ein anderer für die übrigen haften soll.[1]) Auch müssen solche Verträge unter die Vorschrift des § fallen, welche zwar nach Abschluss des Vergleichs aber mit Rücksicht auf denselben zu Stand gekommen sind, und durch welche das Gesetz umgangen werden soll.[2])

In der Reichstagskommission wurde vom Vorsitzenden bemerkt, er nehme an, dass die Vorschriften über den Zwangsvergleich nicht zur Anwendung kommen, wenn sämmtliche Gläubiger dem Vergleichsvorschlag zugestimmt haben sollten. Darauf erwiderte aber Regierungsrath Hagens in zutreffender Weise: „Sei das Zwangsvergleichsverfahren in Gang gesetzt, so seien die Vorschriften des sechsten Titels in Anwendung zu bringen, gleichviel ob der Vergleich zu Stand gekommen sei nur durch eine Mehrheit oder durch Einstimmigkeit der im Termin anwesenden Gläubiger oder durch die Einstimmigkeit aller Stimmberechtigten überhaupt. Auch einen einstimmig geschlossenen Vergleich würde also das Konkursgericht verwerfen müssen, wenn z. B. die Voraussetzungen des § 172 vorliegen sollten. Dagegen werde durch ein schwebendes Zwangsvergleichsverfahren die Einstellung des Verfahrens auf Grund der Zustimmung aller Gläubiger nach Massgabe des § 188 keineswegs ausgeschlossen." (K.: 111.)

§ 169.

Zur Annahme des Vergleichs ist erforderlich, dass

1. die Mehrzahl der in dem Termine anwesenden stimmberechtigten Gläubiger dem Vergleiche ausdrücklich zustimmt, und
2. die Gesammtsumme der Forderungen der zustimmenden Gläubiger wenigstens drei Viertheile der Gesammtsumme aller zum Stimmen berechtigten Forderungen beträgt.

Wird nur eine der Mehrheiten erreicht, so kann der Gemeinschuldner bis zum Schlusse des Termins die einmalige Wiederholung der Abstimmung in einem neuen Termine verlangen. Das Gericht hat denselben zu bestimmen und im Termine zu verkünden.

(E.: § 169. M.: 414—416. K.: 111; pr. K.-O. §§ 186—188.)

1.

Bezüglich des Rechts, an dem Beschlusse über den Zwangsvergleich mitzuwirken und der Art der Beschlussfassung gelten im Allgemeinen die Vor-

[1]) V. Erk. des R.-O.-H.-G. vom 14. Nov. 1871 (Entscheid. Bd. IV. Nr. 5 S. 20 ff.); Erk. des pr. Obertribunals vom 21. Febr. 1865 (Entscheid. Bd. 53 Nr. 51 S. 568 ff., Striethorst Bd. 57 Nr. 46 S. 229 ff.)

[2]) V. von Völderndorff § 168 Bem. e. Bd. II. S. 488.

schriften der §§ 86–89. Die Feststellung des Stimmrechts erfolgt nicht in einem besonderen Erörterungstermin, sondern in der gewöhnlichen Weise. (Bem. 2 zu §§ 165 ff.) Mit Rücksicht auf die eingreifenden Wirkungen des Zwangsvergleichs wurde jedoch für die Abstimmung über denselben nach dem Vorgang der meisten Gesetzgebungen eine Erweiterung der Bestimmungen über die Stimmenmehrheit für nothwendig gehalten. „Der Zwangsvergleich erfordert sowohl ein Zusammentreffen der Summen- mit der Personenmehrheit als auch eine Erhöhung der absoluten Majorität. Für die Stimmzählung erscheint aber das Interesse der Abwesenden genügend gewahrt, wenn bei der Summenzahl die stimmfähigen Forderungen derselben berücksichtigt werden; für die Personenzahl von dem Prinzip des § 89 abzuweichen, möchte schwerlich zum Nutzen der Sache dienen. Die K.-O. verlangt daher zur Annahme des Vergleichs, dass über die Hälfte der in dem Termin anwesenden oder vertretenen stimmberechtigten Gläubiger demselben zustimmt und dass die Summe ihrer Forderungen wenigstens drei Viertel von dem Gesammtbetrage aller stimmfähigen Forderungen ausmacht. Dieselbe weicht von der pr. K.-O. nur insofern ab, als die Stimmberechtigung nach ersterer auch bis zum Vergleichstermine, nach letzterer nur noch bis zum Erörterungstermin erworben werden kann.“ (M.: 416.) Es kommen hienach bei Berechnung der Summenmehrheit auch diejenigen stimmberechtigten Forderungen in Betracht, deren Inhaber weder in Person erschienen, noch durch einen Bevollmächtigten vertreten sind. Dagegen sind bei Berechnung der Personenmehrheit alle diejenigen Gläubiger ausser Acht zu lassen, welche weder selbst erschienen sind, noch einen Vertreter aufgestellt haben. Uebrigens wird bei Berechnung der Personenmehrheit hier wie nach § 89 der Grundsatz gelten, dass nur die abgegebenen Stimmen in Betracht kommen, die Gläubiger, welche sich der Abstimmung enthalten, also ebenso zu behandeln sind, als ob sie nicht erschienen wären. (Bem. II. zu §§ 85 ff.) [1])

2.

Bei Aufstellung des Entwurfs wurde die Frage erwogen, ob man nicht die Ehefrau und die nächsten Verwandten des Gemeinschuldners, sowie diejenigen, welche erst nach der Zahlungseinstellung sich haben Forderungen cediren lassen, von der Berechtigung zum Mitstimmen ganz ausschliessen solle, weil die Erfahrung lehre, dass diese Personen in der Regel zum Nachtheile der übrigen Gläubiger mit dem Gemeinschuldner gemeinschaftliche Sache machten und der Nachweis, dass eine unbegründete Forderung oder eine unstatthafte Abfindung vorliege, schwer zu erbringen sei. Es wurde aber hievon abgesehen, weil eine solche Vorschrift für die begründeten Forderungen eine Rechtsverweigerung enthalte und soweit es sich um die Ausschliessung der Ehefrau und der Verwandten handle, leicht umgangen werden könne, während sich etwaigen Missbräuchen

[1]) V. auch Hullmann § 169 Bem. 4. S. 317 und von Sarwey § 169 Bem. 3 S. 663, 664. A. M. ist von Völderndorff (§ 169 Bem. e. Bd. II. S. 493 ff., welcher bemerkt, es müssten alle anwesenden Gläubiger bei der Berechnung der Mehrzahl mitgezählt werden.

durch das Anfechtungsrecht und durch Strafbestimmungen, vor Allem aber durch das richterliche Bestätigungsrecht begegnen lasse. Ebenso hielt man es für ungerechtfertigt, einer Theilung der Forderungen, durch welche die Zahl der stimmberechtigten Gläubiger vermehrt wird, die Wirkung zu versagen. In dieser Beziehung wurde in den Motiven (317) hervorgehoben, dass zur Abwehr simulirter Theilcessionen das allgemeine Civilrecht genüge und sodann (414, 415) bemerkt: „Freilich wenn es noch eine Forderung geblieben ist, die mehrere Personen zu bestimmten Theilen oder ungetheilt erworben haben, so können diese nur zusammen für eine Person gelten, und sie müssen sich untereinander über Ausübung des Stimmrechts verständigen. Das folgt aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen (quia unum debitum est l. 9. pr. D. de pactis 2. 14.) Nicht gerechtfertigt ist es aber, mehrere Gläubiger mit ihren getrennten selbständigen Forderungen für eine Person gelten zu lassen, weil die Beträge früher in einer Forderung vereinigt waren. In dieser Weise entkräftet die öster. K.-O. (§ 217 Nr. 1) jede nach der Zahlungseinstellung geschehene Theilung, und die französische Jurisprudenz sucht die fixirende Wirkung an die Verifikation der Forderung zu knüpfen. (Rénouard Bd. II. S. 19, dagegen Dalloz faillite Nr. 687.) Das Eine ist so willkürlich wie das Andere; die verschiedenen Gläubiger müssen ebenso als Mehrere gelten, wie bei einer Vereinigung mehrerer Forderungen in einer Hand der Gläubiger nur als eine Person zählen kann." Die hier aufgestellte Regel ist unzweifelhaft richtig. Bezüglich der Ausnahme, welche vorliegen soll, wenn die Forderung, ungeachtet sie mehreren Personen, getheilt oder ungetheilt, zusteht, doch noch eine Forderung geblieben ist, erscheint dagegen der Sinn der Motive, welche sich hier an die pr. K.-O, anschliessen,[1]) nicht ganz klar, da in der Regel, wenn eine Forderung getheilt wird, dadurch mehrere Forderungen entstehen. Im Allgemeinen wird man den Grundsatz aufstellen müssen, dass, wenn eine Forderung mehreren Personen zusteht, und jede derselben ihren Antheil selbständig und unabhängig von den andern Theilhabern geltend machen kann, ebensoviel Gläubiger als Theilhaber vorhanden sind, während, wenn diese Voraussetzung nicht vorliegt, sondern, sei es wegen Untheilbarkeit der Forderung, sei es aus einem anderen Grunde, nur von sämmtlichen Betheiligten gemeinschaftlich die Forderung geltend gemacht werden und darüber verfügt werden kann, diese zusammen nur als ein Gläubiger gelten und sich darüber einigen müssen, wer das Stimmrecht auszuüben hat. Ob ein solches Verhältniss besteht, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurtheilen. Kommt in einem Falle der erwähnten Art eine Einigung über die Abstimmung nicht zu Stand so kann das Stimmrecht nicht ausgeübt werden.[2]) Ein Gläubiger, welcher den übrigen Gläubigern gegenüber für die Erfüllung des Zwangsvergleichs Bürgschaft übernahm, verliert dadurch, wie auch vom pr. Obertribunal

[1]) In § 186 Nr. 1 der pr. K.-O. heisst es: „Steht eine Forderung mehreren Personen, getheilt oder ungetheilt, zu, so gelten sie zusammen nur für eine Person."

[2]) V. auch von Sarwey § 169 Bem. 3 S. 664; von Völderndorff ebendas. Bem. d. Bd. II. S. 492 ff.

entschieden wurde, sein Stimmrecht nicht.[1]) Dass ein Bevollmächtigter, der mehrere Gläubiger vertritt, für jeden derselben eine Stimme abzugeben hat, versteht sich von selbst, da kein Gläubiger dadurch sein Recht verlieren kann, dass er sich durch eine andere Person vertreten lässt. Dagegen steht demjenigen, der mehrere Forderungen durch Cession erworben hat, nur eine einzige Stimme zu. Alle in Frage stehenden Forderungen sind Forderungen des Cessionars; es ist also nur ein einziger Gläubiger vorhanden. Es besteht kein Unterschied zwischen diesem Falle und demjenigen, in welchem der Gläubiger durch verschiedene Rechtsgeschäfte z. B. Verkäufe oder Darlehen nacheinander mehrere Forderungen erworben hat.[2])

3.

Wird keine der erforderlichen Mehrheiten erzielt, so ist der Vergleichsvorschlag abgelehnt und es kommt, wenn derselbe wiederholt wird, § 163 zur Anwendung. Dagegen wird der vom Gsmeinschuldner gemachte Versuch, wenn entweder die Personenmehrheit oder die Summenmehrheit erreicht wird, nur dann als definitiv erledigt angesehen, wenn sich der Gemeinschuldner dabei beruhigt. Geschieht dies nicht, sondern verlangt derselbe eine nochmalige Abstimmung in einem neuen Termin, so muss ihm dies gestattet werden. „Der Antrag und die Verkündung des neuen Termins muss vor dem Schluss des Vergleichstermins erfolgen. Für den neuen Termin gelten alle für den ersten ertheilten Vorschriften; die Verhandlung ist in allen Theilen zu wiederholen; die früheren Erklärungen haben an sich keine Wirkung.“ (M.: 416). Eine öffentliche Bekanntmachung des neuen Termins ist, da die Verkündung dieselbe offenbar ersetzen soll, ausserdem aber § 85 Abs. 2 zur Anwendung kommt, nicht erforderlich.[3])

§ 170.

Der angenommene Zwangsvergleich bedarf der Bestätigung des Konkursgerichts.

Das Gericht entscheidet, nachdem es die Gläubiger, den Verwalter und den Gläubigerausschuss in dem Vergleichstermine oder einem zu verkündenden Termine gehört hat.

[1]) V. Erk. des pr. Obertribunals vom 12. Febr. 1859, Entscheid. Bd. 40 Nr. 56 S. 392.

[2]) V. von Wilmowski § 169 Bem. 2 S. 301; ferner Goltdammer, Kommentar zur pr. K.-O. § 186 Bem. 5 S. 366.

[3]) V. Hullmann § 169 Bem. 9 S. 318; von Sarwey ebendas. Bem. 5 S. 666; von Völderndorff ebendas. Bem. 1. Bd. II. S. 497; von Wilmowski ebendas. Bem. 7 S. 302. Die Zweifel, welche letzterer Schriftsteller aus § 66 Abs. 2 entnimmt, sind unbegründet, weil es sich hier nicht um eine Entscheidung handelt. Jedenfalls werden dieselben durch § 85 beseitigt.

§ 171.

Der Beschluss, durch welchen der Zwangsvergleich bestätigt oder verworfen wird, ist zu verkünden.

§ 172.

Der Vergleich ist zu verwerfen:

1. wenn die für das Verfahren und den Abschluss des Vergleichs gegebenen Vorschriften nicht beobachtet sind, und das Fehlende nicht ergänzt werden kann;

2. wenn ein Fall der Unzulässigkeit eines Zwangsvergleichs nachträglich eingetreten ist.

§ 173.

Der Vergleich ist auf Antrag eines nicht bevorrechtigten Konkursgläubigers, welcher stimmberechtigt war oder seine Forderung glaubhaft macht, zu verwerfen:

1. wenn der Vergleich durch Begünstigung eines Gläubigers oder sonst in unlauterer Weise zu Stande gebracht ist;

2. wenn der Vergleich dem gemeinsamen Interesse der nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger widerspricht.

Der Antrag ist nur zuzulassen, wenn die Thatsachen, auf welche derselbe gegründet wird, glaubhaft gemacht werden.

§ 174.

Die sofortige Beschwerde gegen den Beschluss, durch welchen der Vergleich bestätigt oder verworfen ist, steht dem Gemeinschuldner und jedem nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger zu, welcher stimmberechtigt war oder seine Forderung glaubhaft macht.

Die Frist zur Einlegung der Beschwerde beginnt mit der Verkündung des Beschlusses.

Eine Anfechtung der Entscheidung des Beschwerdegerichts findet nicht statt.

(E.: §§ 170—174. M.: 416—421. K.: 112—114. 184—186; pr. K.-O. §§ 190—196.)

I.

Allgemeiner Grundsatz. Vorschriften über die Entscheidung und über deren Verkündung.

(§§ 170, 171.)

1.

Der von den Gläubigern angenommene Vergleich bedarf, um rechtliche Wirkungen zu haben, der Bestätigung durch das Gericht. Jedoch kann diese nur unter bestimmten, in den §§ 172 und 173 aufgezählten Voraussetzungen versagt werden. (Bem. II). Das auf die Bestätigung bezügliche Verfahren bildet, da in allen Fällen die erforderliche Prüfung stattzufinden hat, einen regelmässigen Bestandtheil des Zwangsvergleichsverfahrens, und macht ein besonderes Einspruchsverfahren überflüssig. Nach allen Richtungen, in welchen die Wirksamkeit des Zwangsvergleichs in Frage gestellt werden kann, mag es sich um die Beobachtung der Förmlichkeiten oder um die Wahrung der Interessen der Gläubiger handeln, hat das Konkursgericht zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Bestätigung vorliegen, und wenn dies der Fall ist, dieselbe zu ertheilen, andernfalls den Vergleich zu verwerfen.

2.

Die Vorschrift des § 170 Abs. 2 wurde in den Motiven (417) in folgender Weise begründet:

„Die Entscheidung soll womöglich unmittelbar in dem Vergleichstermin erfolgen. In der Regel wird es einer Aussetzung der Entscheidung oder einer Frist für die Gläubiger zur Geltendmachung etwaigen Widerspruchs (pr. K.-O. § 191) nicht bedürfen. Die Vorbereitung vor dem Vergleichstermin wird meist genügen. Das Gericht soll jedoch für Ausnahmefälle, beispielsweise wenn die Art des Zustandekommens des Vergleichs Bedenken oder Widerspruch erregt, befugt sein, sowohl zur Verkündung der Entscheidung als auch zur Verhandlung über die Bestätigung einen besonderen Termin anzusetzen; derselbe ist dann in dem Vergleichstermine zu verkünden, eine weitere Bekanntmachung ist entbehrlich. Unter allen Umständen soll der Entscheidung eine Anhörung der Betheiligten vorangehen, diese Anhörung ist zwar nicht eine mündliche Verhandlung im Sinne einer Prozesshandlung zur Hauptsache;[1]) immerhin aber bedingt die Entscheidung über die Bestätigung oder Verwerfung des Zwangsvergleichs eine Verhandlung der Betheiligten oder Parteien im weiteren Sinne des Worts. In der Verhandlung muss der Antrag auf Bestätigung oder Verwerfung begründet werden. Die Vorschriften der C.-P.-O. finden entsprechende Anwendung; sie erleiden nur insofern eine Modifikation, als hier nicht nothwendig ein Rechtsstreit vorliegen muss und nicht nothwendig Parteien sich gegenüber zu stehen brauchen. Betheiligt als Kontrahent und wegen der Vollstreckbarkeit der vom Vergleich betroffenen Forderungen ist stets der Gemeinschuldner. Die Verwalter ist in keiner Weise Partei. Es genügte, die gutachtliche

[1]) V. hiezu Bem. 1 zu § 66.

Aeusserung desselben, wie die des Gläubigerausschusses, vorzuschreiben und gewissermassen als Partei gegenüber dem Gemeinschuldner, und neben ihm gegen einander, die Gläubiger zuzulassen." Hiezu ist jedoch zu bemerken, dass ein Antrag auf Bestätigung oder Verwerfung des Vergleichs nicht nothwendig gestellt zu werden braucht, und die Bestätigung, wenn ein Verwerfungsgrund nicht vorliegt, auch ohne Antrag ertheilt werden muss, die Verwerfung aber wenigstens unter den durch § 172 betroffenen Fällen von Amtswegen zu erfolgen hat. Dass die Anhörung der Betheiligten mündlich in einem Termin erfolgen muss, war im Entwurf nicht so bestimmt wie in den Motiven ausgedrückt. Um jeden Zweifel darüber auszuschliessen, wurde von der Reichstagskommission (184—186) auf Antrag von Wölfel die jetzige Fassung des § 170 Abs. 2 beschlossen. Schriftliche Anträge und Erklärungen der Betheiligten, welche zwischen dem Vergleichstermin und dem besonderen Termin bei Gericht eingereicht werden, sind, obgleich der Antragsteller Wölfel die letzteren für bedenklich erklärte, da sie möglicher Weise gar nicht zur Kenntniss der übrigen Betheiligten kämen, nicht als ausgeschlossen anzusehen. Der Inhalt derselben kann jedoch nicht berücksichtigt werden, wenn er nicht im Termin selbst von einem der Betheiligten geltend gemacht und vertreten wird. In diesem Sinne äusserten sich in der Reichstagskommission auch der Abg. von Sarwey und Regierungsrath Hagens, welcher letztere insbesondere bestätigte, dass auf Grund eines schriftlich gestellten Verwerfungsantrags (§ 173), wenn die in Frage stehenden Thatsachen glaubhaft gemacht würden, was durch Urkunden geschehen könne, eine Verhandlung anberaumt werden, diese selbst aber mündlich sein müsse. (K.: 185). Die Verhandlung über die Bestätigung ist von der Verhandlung über die Annahme des Vergleichs zu trennen, wenn sie sich auch meist unmittelbar an dieselbe anschliessen wird. An derselben können auch Gläubiger theilnehmen, welche bei der Beschlussfassung über den Zwangsvergleich nicht mitwirkten, ja gar nicht mitwirken durften. (Bem. II. 3).

3.

Dass der Beschluss des Gerichts im Termine zu verkünden ist, versteht sich von selbst. Im Entwurf war dies in § 171 ausdrücklich gesagt. Die betr. Worte wurden aber von der Reichstagskommission mit Rücksicht auf die dem § 170 gegebene Fassung gestrichen. Da die Bestätigung und die Verwerfung des Vergleichs nicht in einem Urtheile sondern in einem Beschlusse erfolgen, kommt § 284 der C.-P.-O. hier nicht zur Anwendung und ist sonach die Beifügung von Entscheidungsgründen ebensowenig als eine Darstellung des Sach- und Streitstandes gesetzlich vorgeschrieben. Es liegt jedoch in der Natur der Sache, dass die Gründe, welche eine Verwerfung oder ungeachtet des Antrages auf eine solche eine Bestätigung rechtfertigen, kurz angegeben werden, und es ist dies auch mit Rücksicht auf die den Betheiligten erforderliche Beschwerde (Bem. III.) geboten.[1]) Da die Beschwerdefrist von der Verkündung des Beschlusses

[1]) V. auch von Sarwey § 171 Bem. 2 S. 668. 669. Die übrigen Schriftsteller gehen weiter und behaupten oder nehmen ohne Weiteres an, dass der Beschluss Entscheidungsgründe enthalten müsse. V. von Wilmowski § 171 Bem. 3 S. 304;

an läuft, ist es auch angemessen, dass schon bei dieser die Begründung im Wesentlichen mitgetheilt wird. Nothwendig ist dies aber nicht, da selbst bei der Verkündung von Urtheilen die Mittheilung der Urtheilsformel genügt. (§ 282 C.-P.-O.)[1]) Neben der Verkündung ist eine besondere Zustellung des Beschlusses an die Betheiligten sowenig erforderlich als eine öffentliche Bekanntmachung. Wäre eine besondere Zustellung nothwendig, so würde der § 171 gar keinen Zweck haben. Auch wurde zu dessen Begründung in den Motiven (420) gesagt: „Der Beschluss muss, da eine Zustellung an alle von ihm Betroffenen unthunlich ist, in dem Vergleichs- oder dem besonderen Bestätigungstermine verkündet werden.“ (V. im Uebrigen Bem. 2 zu § 66.)[2])

II.
Gründe, aus welchen die Verwerfung des Zwangsvergleichs zu erfolgen hat.
(§§ 172 und 173.)

1.
Allgemeine Bemerkungen.

Wenn die Voraussetzungen der §§ 172 oder 173 vorliegen, so muss der Zwangsvergleich vom Gericht verworfen werden. Diese §§ unterscheiden sich aber dadurch von einander, dass die Verwerfung von Amtswegen auszusprechen ist, wenn einer der im § 172 aufgezählten Mängel vorliegt, während bezüglich der im § 173 Nr. 1 und 2 aufgezählten Mängel die Verwerfung von einem Konkursgläubiger beantragt werden muss. Kann weder § 172 noch § 173 zur Anwendung kommen, so muss der Vergleich bestätigt werden, ohne dass es hiezu eines besonderen Antrags bedarf. In der Reichstagskommission stellte Goldschmidt die Anfrage, ob das Gericht auch aus anderen als den in den §§ 172, 173 angeführten Gründen die Bestätigung versagen dürfe, worauf Regierungsrath Hagens, ohne Widerspruch zu erfahren, bemerkte: „Die Vorschriften in den §§ 172 und 173 seien exklusiv; wenn keiner der angeführten Gründe vorliege, müsse bestätigt werden. Allerdings seien die Vorschriften des § 173 hinreichend weit, um das Gericht zu befähigen, mittelbar auch andere, für die Beantwortung der beiden exklusiven Fragen wesentliche, Momente in Betracht ziehen zu können. So könne z. B. bei der Prüfung, ob der Vergleich dem gemeinsamen Interesse aller

Hullmann ebendas. Bem. 3 S. 320; Wengler ebendas. Bem. 2 S. 624; von Völderndorff ebendas. Bem. III. Bd. II. S. 501.

[1]) V. hiezu Hullmann a. a. O.; Wengler a. a. O.; von Völderndorff a. a. O., welche die Verkündung der Gründe nicht für obligatorisch halten, während von Wilmowski a. a. O. behauptet, eine entsprechende Anwendung der Vorschriften der C.-P.-O. mache die Verkündung der Gründe nothwendig.

[2]) V. auch von Sarwey § 171 Bem. 1 S. 668; von Völderndorff ebendas. Bem. II. Bd. II. S. 500. A. M. sind Hullmann § 171 Bem. 2 und Wengler ebendas. Bem. 2 S. 624, welche behaupten, neben der Verkündung sei noch eine besondere Zustellung erforderlich.

Konkursgläubiger entspreche, das frühere oder jetzige, wenig Vertrauen einflössende, Betragen des Gemeinschuldners oder der Umstand thatsächlich in's Gewicht fallen, dass der Vergleich nur von einer äusserst geringen Mehrheit angenommen worden sei.“ (K.: 112).

2.

Verwerfungsgründe, welche von Amtswegen zu berücksichtigen sind.

(§ 172.)

„Die Verwerfung ist das Gericht ohne Antrag auszusprechen befugt, wenn das vorhergegangene Verfahren oder der Vergleich selbst an wesentlichen Mängeln leidet oder wenn einer der in § 162 vorgesehenen Fälle der Unzulässigkeit eines Zwangsvergleichs nachträglich eingetreten ist. Solche in unzweideutigen Thatsachen bestehende Mängel kann und muss das Gericht von Amtswegen berücksichtigen. Selbst ein stillschweigender oder ausdrücklicher Verzicht der auftretenden Parteien kann hier allgemeine Mängel nicht heilen, weil die Entscheidung über den Kreis dieser Parteien hinausgeht. Das Gericht ordnet entweder die Ergänzung des Fehlenden an oder setzt die Verhandlung aus oder spricht die Verwerfung aus. Inwieweit es in ersterer Hinsicht die nicht beobachteten Vorschriften für wesentlich und die Verwerfung bedingend zu erachten hat, ist dem Ermessen des Gerichtes überlassen.“ (M.: 418). Eine Verletzung der Vorschriften über das Verfahren und den Abschluss des Vergleichs liegt insbesondere dann vor, wenn den Bestimmungen des § 160 über den Zeitraum, innerhalb dessen der Zwangsvergleich abgeschlossen werden kann, zuwidergehandelt worden ist, oder wenn bezüglich der Ansetzung oder der öffentlichen Bekanntmachung des Vergleichstermins (§ 166) oder der Erklärung des Gläubigerausschusses oder der Niederlegung des Vergleichsvorschlags und dieser Erklärung (§§ 164, 165) etwas versehen wurde, oder wenn dem Vergleich in einzelnen Theilen die Zustimmung des Gemeinschuldners fehlt, oder gegen die Vorschrift des § 170 Abs. 2 verstossen worden ist. Eine solche Verletzung ist aber auch dann vorhanden, wenn sich hinsichtlich der Stimmberechtigung der bei dem Vergleich mitwirkenden Gläubiger oder der Legitimation der dieselben vertretenden Personen Bedenken ergeben, und hienach die erforderliche Mehrheit nicht vorhanden ist. Auf diese letzteren Fälle bezieht sich insbesondere die Vorschrift, nach welcher von der Verwerfung abzusehen ist, wenn das Fehlende ergänzt werden kann, und ist hienach die Bestätigung zu ertheilen, wenn die fehlende Legitimation oder Vollmacht nachgebracht oder vervollständigt worden ist. Auch die Bestimmungen des § 168 gehören zu den Vorschriften über den Abschluss des Vergleichs. Es ist dieser sonach von Amtswegen zu verwerfen, wenn sich aus dem Vergleich selbst eine ungleiche Behandlung der Gläubiger ergibt und die zurückgesetzten Gläubiger den sie benachtheiligenden Bestimmungen nicht ausdrücklich zugestimmt haben. Wenn die Bestimmungen des Vergleichs eine formelle Gleichstellung der einzelnen Gläubiger ergeben, ist das Gericht jedoch nicht verpflichtet, von Amtswegen zu untersuchen, ob nicht eine versteckte Begünstigung des einen oder eine mittelbare Benachtheiligung eines anderen Gläu-

bigers vorliegt. Vielmehr ist es in solchen Fällen Sache der Gläubiger, nach § 173 die Verwerfung des Vergleichs zu beantragen.[1])

3.

Verwerfungsgründe, welche nur auf Antrag berücksichtigt werden dürfen.

(§ 173.)

a.

Nach § 173 kann die Verwerfung, soweit § 172 nicht zur Anwendung kommt, „aus anderen sachlichen, dem Abschluss oder Inhalt des Vergleichs entnommenen Gründen" nur insoweit erfolgen, als darauf ein Antrag gestellt und begründet worden ist. Der in Abs. 1 Nr. 1 aufgestellte Verwerfungsgrund bezieht sich auf das Zustandekommen des Vergleichs und soll nicht bloss die Begünstigung und den Fall des Betrugs, sondern jede Einwirkung auf die Gläubiger umfassen, welche mit den Grundsätzen der Moral in Widerspruch steht, ohne dass hiebei eine wirkliche Rechtsverletzung vorausgesetzt wird. Insbesondere kann das Stimmkaufen oder Auskaufen eines Gläubigers unter diesen Gesichtspunkt fallen. (M.: 418.) Von wem die Begünstigung ausging, oder welche Person den Vergleich in unlauterer Weise zu Stand brachte, ist gleichgültig. Es genügt, dass unter den vorliegenden Umständen ein Zwang gegen die überstimmten Gläubiger als ungerechtfertigt erscheint. Die Vorschrift der Nr. 2 wurde in den Motiven (418, 419) in folgender Weise erläutert und begründet: „Nach der Fassung und dem Sinne des Gesetzes ist eine Anwendung dieses Grundes dahin beschränkt, dass der Vergleich und dessen Erhebung zu einem Zwangsvergleiche dem gleichen, gemeinschaftlichen Interesse Aller widersprechen würde. Andrerseits ist der Grund in den Momenten, aus welchen eine Benachtheiligung der Gläubiger zu entnehmen ist, ein unbeschränkt allgemeiner. Die einleitenden Bemerkungen haben bereits angedeutet, dass die Berücksichtigung des gemeinsamen Interesses nicht bloss eine Prüfung des Inhalts des Akkords, eine Vergleichung desselben mit einer Beendigung des Konkurses durch Vertheilung und mit der sonstigen, gegenwärtigen wie zukünftigen, Lage des Gemeinschuldners in sich schliesst, sondern auch die Frage, ob die Erfüllung des Vergleichs gesichert erscheint. In dieser Beziehung kommt auch das vorherige Verhalten des Gemeinschuldners in Betracht." Die pr. K.-O. hatte in § 293 Nr. 2 den Fall, dass der Gemeinschuldner schon früher einmal in Konkurs gewesen sei, und den Mangel eines Verschuldens bezüglich des neuen Konkurses nicht nachweisen könne, besonders hervorgehoben und in Nr. 4 dieses § vorgeschrieben, dass eine Benachtheiligung der Gläubiger in der Regel anzunehmen sei, wenn der Vergleich überwiegend durch die Stimmen solcher Gläubiger, denen noch andere Personen hafteten, oder von Verwandten des Gemeinschuldners u. s. w. zu Stand gekommen sei. Von derartigen Vorschriften wurde jedoch abgesehen, weil es sich hiebei nur um allerdings bemerkenswerthe Beispiele handle und deren Bedeutung dem Richter ohnedies nicht entgehen werde.

[1]) V. auch von Sarwey § 172 Bem. 2 S. 670; von Völderndorff §§ 172 ff. Bem. b. Bd. II. S. 503 ff.

Die Frage, ob der Vergleich dem gemeinsamen Interesse der nicht bevorrechtigten Gläubiger entspricht, ist hienach vom Gericht nach freiem, pflichtmässigem Ermessen, unter Würdigung aller Umstände, zu entscheiden. Eine Verletzung des Interesses der Gläubiger würde immer vorliegen, wenn denselben durch den Vergleich ein Verzicht auf die ganze Forderung zugemuthet werden sollte. Im Uebrigen kommt es darauf an, ob das, was die Gläubiger durch den Vergleich erhalten, in richtigem Verhältniss steht zu dem, was sie bei einer Durchführung des Konkursverfahrens zu erwarten hätten. Hiebei ist darauf zu achten, ob die Erfüllung des Vergleichs unbedingt gesichert ist, und zu berücksichtigen, dass die Gläubiger durch den Zwangsvergleich den Anspruch auf eine Nachforderung gegen den Gemeinschuldner verlieren, der ihnen bei einer anderweitigen Beendigung des Verfahrens erhalten bleibt. (§ 152.) Die Art und Weise, in welcher der Vergleich zu Stand gekommen ist, insbesondere der Umstand, dass ein Bevollmächtigter gegen seine Instruktion für den Vergleich gestimmt hat, ist für die Anwendung der Nr. 2 ohne Bedeutung. Durch eine solche Abstimmung kann vielmehr die Verwerfung nur insofern gerechtfertigt werden, als sich daraus ergibt, dass der Vergleich in unlauterer Weise zu Stand gebracht worden ist.[1]) Die Unwürdigkeit des Gemeinschuldners rechtfertigt an sich die Verwerfung des Vergleichs nicht. Es kann jedoch dessen Vorleben insoweit in Betracht kommen, als sich daraus der Schluss ziehen lässt, dass auf eine Erfüllung des Vergleichs nicht gerechnet werden könne. (V. Bem. II. 1.)

b.

Zur Antragstellung auf Grund des § 173 sind nur solche Gläubiger berechtigt, denen ein Vorrecht nicht zusteht und die hienach durch den Zwangsvergleich berührt werden. Dagegen wird nicht vorausgesetzt, dass der Antragsteller bei der Beschlussfassung in der Gläubigerversammlung mitgewirkt hat. Es genügt vielmehr, dass seine Stimmberechtigung bezüglich dieser Versammlung bereits früher festgestellt war, oder dass er seine Forderung wenigstens (nach § 266 C.-P.-O.) glaubhaft macht. Dass ein Gläubiger in der Versammlung für den Vergleich gestimmt hat, entzieht ihm, wie auch in den Motiven (418) bemerkt wurde, nicht die Befugniss, nachträglich die Verwerfung zu beantragen, zumal seine Zustimmung durch einen Irrthum oder Betrug veranlasst worden sein kann.

Damit der Antrag auf Verwerfung überhaupt zugelassen werden darf, wird vorausgesetzt, dass der Antragsteller die Thatsachen, auf welche er seinen Antrag gründet, gemäss § 266 C.-P.-O. glaubhaft macht. Es muss hienach, wenn dieser Anforderung nicht genügt wird, der Antrag ohne Weiteres zurückgewiesen werden. Ist die Glaubhaftmachung erfolgt, so kann aber daraufhin noch nicht der Zwangsvergleich verworfen werden, sondern es müssen die Thatsachen, welche die Verwerfung rechtfertigen sollen, derart erwiesen werden, dass die volle Ueberzeugung des Richters von deren Richtigkeit begründet wird. Um deutlicher hervortreten zu lassen, „dass die Glaubhaftmachung nur ein formelles Erforderniss

[1]) V. hiezu das Erk. des pr. Obertribunals vom 29. Juni 1858, Entscheid. Bd. 40 S. 390.

der Zulassung des Antrags, der Nachweis der betreffenden Thatsachen noch ausserdem zu führen sei", wurde von der Reichstagskommission (112) die jetzige Fassung des Abs. 2 beschlossen. Ueber die Frage, ob die nöthigen Beweise vom Antragsteller beigebracht werden müssen, oder von Amtswegen erhoben werden können, fanden in der Reichstagskommission (112, 113) Erörterungen statt. Es ergab sich aber schliesslich allgemeines Einverständniss darüber, dass § 67, der sich auf das ganze Konkursverfahren erstreckt, auch hier Anwendung zu finden habe. Wenn die vorgebrachten Thatsachen nur glaubhaft gemacht, nicht aber bewiesen worden sind, hat hienach der Richter die erforderlichen Ermittelungen anzuordnen und kann, sofern es nöthig ist, auch die Vernehmung von Zeugen oder Sachverständigen verfügen.

III.
Anfechtung des vom Gericht erlassenen Beschlusses.
(§ 174.)

Gegen den Beschluss, durch welchen der Zwangsvergleich bestätigt oder verworfen worden ist, findet das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde (Bem. 3 zu § 66) statt, welche innerhalb zwei Wochen vom Tag der Verkündung des Beschlusses an eingelegt werden muss. „Ausser dem Gemeinschuldner mussten, wie bei dem Antrage auf Verwerfung so auch zu der Beschwerde, alle Gläubiger, die stimmberechtigt waren, oder die ihre Forderung und damit ihr Interesse glaubhaft machen konnten, zugelassen werden, ein Jeder natürlich, soweit er in der Lage ist, einen Beschwerdegrund geltend zu machen; dem Verwalter war auch hier nur eine gutachtliche Stellung einzuräumen." (M.: 420.) Die Gläubiger können sowohl im Falle der Bestätigung als im Falle der Verwerfung des Vergleichs Beschwerde erheben und es kommt in dieser Beziehung nicht darauf an, ob sie bei der Beschlussfassung über die Annahme des Zwangsvergleichs mitgewirkt und in welcher Weise sie hiebei abgestimmt haben. (Bem. II. 3 b.) Auch diejenigen Gläubiger, welche sich an der besonderen Verhandlung über den Antrag auf Bestätigung oder Verwerfung nicht betheiligt haben, sind zur Beschwerde berechtigt. Ein Gläubiger, welcher die Bestätigung oder Verwerfung ausdrücklich beantragt hat, und dessen Antrag vom Gericht entsprochen wurde, kann dagegen, da er einen Beschwerdegrund nicht hat, von der Beschwerde nicht mit Erfolg Gebrauch machen. Der Gemeinschuldner ist in der Regel nur dann zur Beschwerde berechtigt, wenn der von ihm vorgeschlagene und von der Gläubigerversammlung angenommene Vergleich vom Gericht verworfen worden ist. Ausnahmsweise kann er jedoch auch einen bestätigenden Beschluss durch Beschwerde anfechten, wenn er behauptet, der von ihm gemachte Vergleichsvorschlag sei von den Gläubigern ohne seine Zustimmung abgeändert worden und es hätte desshalb eine Bestätigung nicht stattfinden dürfen.

Dass die Entscheidung des Beschwerdegerichts nicht durch „weitere Beschwerde" (§ 531 C.-P.-O.) angefochten werden kann, wurde in den Motiven (420, 421) damit gerechtfertigt, dass sonst unverantwortliche Verschleppungen eintreten könnten und dass ohnedies eine zweimalige erschöpfende Erörterung

der Sachlage stattfinde, auch der bestätigte Zwangsvergleich wegen Betrugs oder betrüglichen Bankerutts (§§ 182, 183) entkräftet werden könne.

§ 175.

Sobald der Vergleich rechtskräftig bestätigt ist, beschliesst das Gericht die Aufhebung des Konkursverfahrens. Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt.

Der Beschluss und der Grund der Aufhebung sind öffentlich bekannt zu machen.

Die Vorschriften der §§ 103 Abs. 2, 104, 106 finden entsprechende Anwendung.

§ 176.

Der Verwalter hat aus der Konkursmasse die Masseansprüche zu berichtigen. Die bestrittenen Masseansprüche sind sicher zu stellen.

Die bevorrechtigten Konkursforderungen sind, insoweit sie festgestellt sind, zu berichtigen, insoweit sie glaubhaft gemacht sind, sicher zu stellen.

§ 177.

Soweit der Zwangsvergleich nicht ein Anderes bestimmt, erhält der Gemeinschuldner das Recht zurück, über die Konkursmasse frei zu verfügen.

(E.: §§ 175—177. M.: 421. K.: 113. 114. 186; pr. K.-O. § 199.)

1.

Wenn die Bestätigung des Zwangsvergleichs rechtskräftig geworden ist, d. h. nicht mehr durch Beschwerde angefochten werden kann, muss die Aufhebung des Konkursverfahrens ebenso erfolgen, wie wenn eine Schlussvertheilung stattgefunden hat. Es werden desshalb durch § 175 dieselben Bestimmungen getroffen, welche § 151 enthält. Bezüglich deren Erläuterung ist auf die Bemerkungen zu diesem § zu verweisen, welchen nur noch Weniges beizufügen ist. Aus der Fassung des Gesetzes darf nicht geschlossen werden, dass der Aufhebungsbeschluss immer unmittelbar nach Eintritt der Rechtskraft der Bestätigung zu erlassen ist. Vielmehr soll nur die Aufhebung und Alles, was derselben vorherzugehen hat, möglichst rasch erfolgen: „Vor der Aufhebung sind die mit der Beendigung des Verfahrens im Zusammenhang stehenden Akte, insbesondere die

Schlussrechnung des Verwalters, wenn diese nicht schon mit dem Vergleichstermine ausnahmsweise verbunden worden ist, zu veranlassen; auch die Vornahme der in dem Vergleiche bedungenen Sicherheitsmassregeln gehört dahin." (M.: 421.) Die Erfüllung des Vergleichs bildet allerdings keinen Bestandtheil des Konkursverfahrens, und es hat die Aufhebung desselben im Allgemeinen auch dann zu erfolgen, wenn der Vergleich vom Gemeinschuldner noch nicht vollzogen worden ist. Wenn ausdrücklich bedungen wurde, dass vor Aufhebung des Verfahrens die Gläubiger in bestimmter Weise sichergestellt werden müssen, muss jedoch zunächst dieser Bedingung genügt sein, ehe die Aufhebung erfolgen kann.[1]) Ebenso muss die in § 176 vorgeschriebene Befriedigung bezw. Sicherstellung der Massegläubiger und bevorrechtigten Konkursgläubiger nachgewiesen sein, ehe die Aufhebung angeordnet werden kann. Wem die Ausführung des Zwangsvergleichs insbesondere die Vornahme der bedungenen Sicherheitsbestellungen obliegt, ist im Vergleich selbst zu bestimmen. In der Regel wird der Vollzug dem Verwalter übertragen werden.

2.

Die Massegläubiger und die bevorrechtigten Konkursgläubiger werden durch den Zwangsvergleich als solchen nicht berührt, da sie durch denselben weder Rechte erwerben, noch in ihren Ansprüchen verkürzt werden. Dagegen ist die Aufhebung des Konkursverfahrens für diese Gläubiger von Bedeutung, da in Folge derselben die Masse, aus der sie zu befriedigen sind, wieder in den Besitz des Gemeinschuldners gelangt. Durch § 176 werden desshalb Sicherungsmassregeln zu Gunsten dieser Gläubiger vorgeschrieben, und es kann die Aufhebung des Verfahrens erst dann erfolgen, wenn den Vorschriften dieses § genügt worden ist. Bezüglich der bevorrechtigten Konkursgläubiger wie bezüglich der Massegläubiger ergab sich die Nothwendigkeit eines besonderen Schutzes aus der Natur der Sache. Hinsichtlich der letzteren wurde in den Motiven (421) noch bemerkt: „Massegläubiger können nie an den Gemeinschuldner verwiesen werden; ihre Ansprüche sind meist durch eine Handlung des Konkursverwalters und zum Besten der Konkursmasse, immer erst während und zum Zwecke des Konkursverfahrens entstanden; darum sind vor der Freigabe der Konkursmasse aus derselben nicht bloss die anerkannten Masseschulden zu berichtigen, sondern auch die bestrittenen sicher zu stellen, ohne dass den Gläubigern eine Glaubhaftmachung

[1]) V. auch Hullmann (§ 175 Bem. 2 S. 324; von Wilmowski ebendas. Bem. 1 S. 307; von Völderndorff § 175 Bem. a. II. Bd. II. S. 512 ff. Von Sarwey stellt (§ 175 Bem. 1 S. 677 und 678) die Ansicht auf, das Gericht könne zwar zur Vornahme der im Vergleich festgesetzten Sicherungsmassregeln eine Frist festsetzen, nach Ablauf derselben könne es aber ohne Rücksicht auf die wirkliche Ausführung dieser Massregeln die Aufhebung des Verfahrens beschliessen. Dessen Ansicht kann jedoch nicht beigestimmt werden. Der Vertrag ist für die Parteien wie für das Gericht bindend, und wenn ausdrücklich bedungen worden ist, der Vergleich solle erst dann wirksam werden, wenn die Gläubiger sicher gestellt seien, so muss der Eintritt dieser Vorbedingung abgewartet werden, ehe das Verfahren aufgehoben wird. (V. auch Bem. 3.)

auferlegt werden darf.“ Was für bestrittene Masseforderungen vorgeschrieben wurde, muss auch für bedingte und betagte Forderungen dieser Art gelten, auf welche letztere die Vorschrift des § 58 nicht zur Anwendung kommen kann. Hat der Konkursverwalter mit Rücksicht auf das Geschäft des Gemeinschuldners Mieth- oder Dienstverträge abgeschlossen, welche noch längere Zeit zu laufen haben, oder hat er auf Grund der §§ 17 ff. die Fortsetzung derartiger Verträge verlangt, so muss der Gemeinschuldner, wenn er das Geschäft übernimmt und die gemietheten Räumlichkeiten benützt, bezw. von den bedungenen Dienstleistungen Gebrauch macht, natürlich auch die dafür zu bezahlende Vergütung übernehmen. Die Massegläubiger brauchen sich aber nicht einfach auf den Gemeinschuldner verweisen zu lassen, sondern können dafür Sicherstellung verlangen, dass dieser auch den übernommenen Verbindlichkeiten nachkomme.[1] Ebenso muss für den Fall einer Auflösung des Vertrags gegen Entschädigung die Masse hiefür eintreten, und wenn der Gemeinschuldner deren Zahlung übernimmt, auf Verlangen dafür Sicherheit leisten.

Die Ansprüche der Massegläubiger aus § 176 können im Wege der Klage gegen den Verwalter verfolgt werden und es bleibt dieser im Falle der Zuwiderhandlung auch nach Aufhebung des Verfahrens für etwaigen Schaden persönlich verantwortlich. Es können sich die Massegläubiger aber auch an den Gemeinschuldner halten. (Vorbem. 2 zu §§ 50 ff.) Zu den nicht festgestellten bevorrechtigten Forderungen gehören sowohl diejenigen, welche noch gar nicht angemeldet oder wenigstens noch nicht geprüft worden sind, als diejenigen, gegen welche bei der Prüfung Widerspruch erhoben wurde. Auch bewirkt es hiebei keinen Unterschied, ob die ganze Forderung oder bloss das Vorzugsrecht bestritten worden ist. Sie müssen dem Verwalter glaubhaft gemacht werden, damit der Anspruch auf Sicherstellung erwächst, und es ist dann der Anspruch nach Aufhebung des Verfahrens dem Gemeinschuldner gegenüber durchzuführen. Erkennt der Verwalter die Glaubhaftmachung nicht an, so kann der Gläubiger seinen Anspruch auf Sicherstellung auf dem Weg der Klage verfolgen. Gelingt es demselben nicht, die Feststellung, bezw. die Anerkennung der Glaubhaftmachung vor Aufhebung des Konkursverfahrens zu erlangen, so kann er seinen Anspruch der Masse gegenüber nicht weiter geltend machen, sich aber immer an den Gemeinschuldner und unter Umständen auch an den Verwalter halten, der für ein Verschulden nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts verantwortlich ist.

3.

Der K.-O. liegt die Auffassung zu Grund, „dass die Erfüllung des Vergleichs nicht einen Theil des Konkursverfahrens bildet und das Verfahren daher nicht erst nach geschehener Erfüllung des Vergleichs aufgehoben werden darf.“ (M.: 421.) Desshalb schreibt § 177 vor, dass mit der Aufhebung des Konkursverfahrens der Gemeinschuldner die ihm bisher durch § 5 entzogene Befugniss, über sein Vermögen frei zu verfügen, wiedererlangt. „Soweit der Vergleich Dispositionsbeschränkungen des Gemeinschuldners festsetzt, ist es dessen Vertrags-

[1]) V. von Völderndorff §§ 176 ff. Bem. b. II. Bd. II. S. 515—517.

wille; die gesetzliche Konkursbeschlagnahme und Dispositionsentziehung fällt mit dem Augenblicke fort, mit welchem die Aufhebung des Verfahrens als bekannt gemacht gilt; mit diesem Augenblick erhält der Gemeinschuldner kraft des Gesetzes das Recht zurück, über die Konkursmasse frei zu verfügen." (M.: a. a. O.) Unterwirft sich der Gemeinschuldner im Zwangsvergleich freiwillig gewissen Beschränkungen, z. B. der Beaufsichtigung durch den Konkursverwalter oder durch eine andere Person, so ist die Wirksamkeit dieser Beschränkungen nach dem bürgerlichen Recht zu beurtheilen und wegen Verletzung der übernommenen Verpflichtungen nach Massgabe dieses Rechts vorzugehen. Eine Aufhebung des Zwangsvergleichs findet wegen dieser Nichterfüllung nicht statt. (§ 181.) Durch die Vorschrift des § wird übrigens nicht ausgeschlossen, dass durch den Zwangsvergleich die Aufhebung des Konkursverfahrens von der vorherigen Befriedigung oder Sicherstellung aller einzelnen, an dem Vergleich betheiligten, Konkursgläubiger abhängig gemacht werde. Daraus, dass das Gesetz selbst nicht verlangt, dass der Vergleich vor der Aufhebung des Konkursverfahrens erfüllt werde, folgt keineswegs, dass diese Erfüllung nicht von den Gläubigern als Vorbedingung für die Freigabe der Konkursmasse festgehalten werden darf. (Bem. 1.)

§ 178.

Der rechtskräftig bestätigte Zwangsvergleich ist wirksam für und gegen alle nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger, auch wenn dieselben an dem Konkursverfahren oder an der Beschlussfassung über den Vergleich nicht Theil genommen, oder gegen den Vergleich gestimmt haben. Die Rechte der Gläubiger gegen Mitschuldner und Bürgen des Gemeinschuldners werden nicht berührt.

§ 179.

Aus dem rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleiche findet für die Konkursgläubiger, deren Forderungen festgestellt und nicht von dem Gemeinschuldner in dem Prüfungstermine ausdrücklich bestritten worden sind, gegen den Gemeinschuldner und diejenigen, welche in dem Vergleiche für dessen Erfüllung neben dem Gemeinschuldner ohne Vorbehalt der Einrede der Vorausklage Verpflichtungen übernommen haben, die Zwangsvollstreckung unter entsprechender Anwendung der §§ 662—701 der Civilprozessordnung und des § 152 Abs. 3 dieses Gesetzes statt.

§ 180.

Soweit die Leistungen aus dem Vergleiche noch nicht fällig sind, gewährt die Feststellung einer Konkursforderung, wenn nach den Landesgesetzen ein Urtheil den Anspruch auf eine Hypothek an dem unbeweglichen Vermögen des Schuldners begründet, den Anspruch auf eine solche nur im Falle eines Arrestgrundes.

(E.: §§ 178—180. M.: 421—426. K.: 114; pr. K.-O. §§ 197. 198. 201.)

I.

Wirkungen der Zwangsvergleichs für die Gläubiger und gegenüber den Mitschuldnern und Bürgen des Gemeinschuldners.

(§ 178.)

1.

Die Wirkung des Zwangsvergleichs auf die Forderungsrechte der durch denselben betroffenen Gläubiger wird durch dessen Inhalt bestimmt. Aus der Natur desselben ergibt sich aber von selbst, dass der Gemeinschuldner, sofern im Vergleich nichts Anderes bestimmt wurde, von der Verbindlichkeit befreit ist, den Ausfall, welchen die Gläubiger durch den Vergleich erleiden, nachträglich zu ersetzen. Diese Befreiung im Gesetz ausnahmslos vorzuschreiben, wurde nicht für richtig gehalten, weil eine solche Bestimmung mit dem Inhalt des Vergleichs in Widerspruch stehen könnte. Eine Vorschrift, nach welcher die Befreiung eintritt, sofern im Vergleich nicht das Gegentheil bestimmt ist (pr. K.-O. § 198 Abs. 1), erschien dagegen als überflüssig. (M.: 422.) Ob eine natürliche Verbindlichkeit des Gemeinschuldners bestehen bleibt, ein Rückforderungsrecht bezüglich der freiwillig erfolgten Nachzahlung sonach ausgeschlossen ist, muss nach dem geltenden bürgerlichen Recht beurtheilt werden. Nach allgemeinen Grundsätzen ist anzunehmen, dass der Gemeinschuldner moralisch verpflichtet ist, wenn er in bessere Verhältnisse kommt, seine ganze Schuld zu bezahlen, ihm sonach die condictio indebiti nicht zusteht.[1])

Im Uebrigen bleiben die Bestimmungen des Zwangsvergleichs auch dann in Kraft, wenn der Gemeinschulder neuerdings in Konkurs geräth. Auch in einem solchen Konkursverfahren können die Gläubiger, sofern der Zwangsvergleich nicht wegen Betrugs oder betrügerischen Bankerutts angefochten werden kann (§§ 182 ff.), ihre Forderungen nur in der Höhe geltend machen, welche durch den Zwangsvergleich festgesetzt worden ist, bleiben also an den bewilligten Nachlass gebunden.

Der Zwangsvergleich ist übrigens nicht als ein Vergleich bezüglich der Forderungen der Gläubiger anzusehen; sein Inhalt ist nur „Aufhebung des

[1]) So erkannte das R.-O.-H.-G. am 20. Dez. 1872, Entscheid. Bd. VIII. Nr. 70, S. 279. V. auch Hullmann § 178 Bem. 1 S. 326; von Sarwey ebendas. Bem. 1 S. 681, 682; von Völderndorff § 178 Bem. c. Bd. II. S. 521.

Konkurses und Freigabe der Konkursmasse gegen Zahlung einer bestimmten Quote von allen Konkursforderungen." In dieser Beziehung wurde in den Motiven (424) im Anschluss an die Ausführungen des pr. Obertribunals und des R.-O.-H.-G. bemerkt: „Der Akkord berühre nicht unmittelbar die Beschaffenheit der einzelnen Forderungen, noch sei er auf deren Feststellung von Einfluss; er enthalte für sie kein Anerkenntniss, keinen neuen und keinen anderen Rechtsgrund; er sei weder ein Vergleich über die einzelne Forderung, noch habe er für sie die Wirkung einer Novation." [1])

Da der Zwangsvergleich weder eine Novation nach eine Feststellung der Forderungen enthält, kommt demselben auch ein unmittelbarer Einfluss auf den Lauf der Verjährung nicht zu. Diese wird lediglich durch die Anmeldung der Konkursforderung unterbrochen (§ 13) und beginnt, wenn dies geschehen ist, vor der Beendigung des Verfahrens wieder zu laufen. Wenn dem Gemeinschuldner Zahlungstermine bewilligt wurden, wird die Verjährung in der Regel erst dann wieder zu laufen anfangen, wenn die erste Rate fällig ist, also geklagt werden kann. Nur wenn die Forderung nicht festgestellt ist, der Gläubiger also Feststellungsklage erheben kann, wird die Verjährung schon früher laufen. (Bem. 2 zu § 13.) [2])

2.

Dass sich die Wirkungen des Zwangsvergleichs auf alle nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger erstrecken, auch wenn dieselben an dem Verfahren gar nicht theilgenommen haben, oder doch nicht berücksichtigt worden sind, wurde in den Motiven (421) damit gerechtfertigt, dass Allgemeinheit und Gleichheit die Grundlagen seien, auf welchen der Zwangsvergleich seiner Natur nach beruhe. Auch solche Forderungen, welche nach § 56 im Konkursverfahren nicht geltend gemacht werden können, werden hienach durch den Zwangsvergleich betroffen und es können die betr. Gläubiger nur die in demselben festgesetzte Quote ihrer Forderung vom Gemeinschuldner begehren. [3])

3.

Die Frage, ob die Gläubiger ungeachtet des Zwangsvergleichs ihre bisherigen Rechte gegen Mitschuldner und Bürgen des Gemeinschuldners unverändert behalten, ist in den verschiedenen Gesetzgebungen abweichend geregelt. In § 178 wird dieselbe bejaht und zwar derart, dass ohne Rücksicht auf das bestehende bürgerliche Recht die Forderungen der Gläubiger in Kraft bleiben. Die Frage der Anwendung allgemeiner civilrechtlicher Grundsätze zu überlassen wurde schon desshalb für unzweckmässig gehalten, weil die Grundsätze über die Wirkungen der Nachlassverträge in Bezug auf Korreal- und Solidarschuldner sowie auf Bürgen nicht überall dieselben und theilweise sehr kontrovers seien. Man

[1]) V. Erk. des pr. Obertribunals vom 7. Juni 1859 (Striethorst Bd. 33 Nr. 64 S. 290 ff. und Erk. des R.-O.-H.-G. vom 3. Dez. 1872 (Entscheid. Bd. 8 Nr. 36 S. 144).

[2]) V. auch Hullmann § 179 Bem. 4, S. 329.

[3]) V. auch von Sarwey § 178 Bem. 2 Nr. 2 S. 682; von Völderndorff ebendas. Bem. d. Bd. II. S. 522.

wollte aber auch aus theoretischen wie aus praktischen Gründen dem Zwangsvergleich nicht wie dem freiwilligen Vergleich die Wirkung einräumen, die Solidarschuldner und Bürgen von ihrer Verbindlichkeit zu befreien. Hiefür wurde geltend gemacht, dass nach der Absicht des Gesetzes und der Gläubiger der Nachlass nur für die Person des Gemeinschuldners, nicht aber in rem zu Gunsten aller Solidarschuldner bewilligt werde und dass die Befreiung dieser letzteren auch desshalb nicht eintreten könne, weil der Akkord unmittelbar gar keinen Vergleich über die einzelne Forderung enthalte. (Bem. I. 1.) Ausserdem wurde hervorgehoben, dass man die Gläubiger nicht verleiten dürfe, mit Rücksicht auf ihre besonderen Ansprüche gegen Mitschuldner und Bürgen des Gemeinschuldners anders zu stimmen, als es das Interesse der Gesammtheit bedinge. Endlich wurde noch in den Motiven (423) bemerkt: „Die Mitschuldner und Bürgen erleiden nicht Unrecht. Der im Interesse der Gläubiger geschlossene und bestätigte Vergleich gereicht vielmehr auch ihnen zum Vortheil; bei Fortsetzung des Konkurses würde der Ausfall, für den sie dem Gläubiger aufkommen müssen, noch grösser geworden sein. Allerdings wirkt der Akkord auch auf ihre Regressforderung, soweit ihnen solche gegen den Gemeinschuldner zusteht. Dieses Schicksal theilen sie aber mit allen bedingten Gläubigern. Inwieweit sie übrigens sich akkordmässig gegen den Gemeinschuldner regressiren können, richtet sich nach dem zwischen ihnen und dem letzteren bestehenden, den Gläubiger nicht berührenden, Rechtsverhältnisse.“ (V. hiezu M.: S. 282 ff. und Bem. 4 zu § 60.)

II.

Zwangsvollstreckung gegen den Gemeinschuldner und die Vergleichsbürgen.

(§ 179.)

1.

Da es sich hier nicht um einen Vergleich über die einzelnen Forderungen handelt, deren Existenz vorausgesetzt und deren Grund und Beschaffenheit durch die Freigabe der Konkursmasse und den bewilligten Nachlass nicht berührt wird (Bem. I. 1), kann der Zwangsvergleich allein ebensowenig wie das Bestätigungsurtheil als Vollstreckungstitel bezüglich der Forderungen dienen, welche zufolge des Abkommens mit dem Gemeinschuldner geltend gemacht werden. „Der Vollstreckungstitel für die einzelne Forderung, also dass für diese Forderung dieses Gläubigers die Akkordquote vollstreckbar ist, liegt ausserhalb des Abschlusses und der Bestätigung des Vergleichs. Für die einzelnen Forderungen muss auf deren Feststellung im Konkursverfahren zurückgegangen werden.“ (M.: 424.) Demgemäss wird der in § 152 Abs. 2 für den Fall der Aufhebung des Konkurses in Folge einer Schlussvertheilung aufgestellte Grundsatz durch § 179 auch für den Fall eines Zwangsvergleichs zur Anwendung gebracht und findet auf Grund der Eintragung in die Tabelle auch hier die Zwangsvollstreckung statt, wenn der Gemeinschuldner die festgestellte Forderung nicht im Prüfungstermine ausdrücklich bestritten hat. Liegen diese Voraussetzungen vor, so hat der Gläubiger, welcher zur Zwangsvollstreckung schreiten will, vom Gerichtsschreiber einen Auszug aus der Tabelle, aus welchem sich die Feststellung der Forderung und deren Anerkennung durch den Gemeinschuldner ergibt, sowie eine Ausfertigung

des rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleichs zu erheben. Von beiden Urkunden sind vollstreckbare Ausfertigungen (§§ 662 ff. der C.-P.-O.) zu ertheilen, da die eine wie die andere nothwendig ist, damit eine Zwangsvollstrekung stattfinden kann. Da die Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses vorausgesetzt wird, darf der Gerichtsschreiber eine vollstreckbare Ausfertigung desselben erst dann aushändigen, wenn Beschwerde nicht mehr zulässig ist. (§ 174.)

Soweit es sich um eine Forderung handelt, welche im Konkursverfahren nicht festgestellt worden ist (§§ 132, 133), oder gegen welche der Gemeinschuldner Widerspruch erhoben hat, kommt § 179 nicht zur Anwendung. Vielmehr müssen die Gläubiger, wenn der Gemeinschuldner nicht freiwillig einen anderen Vollstreckungstitel einräumt (§ 702 C.-P.-O.), gegen denselben Klage erheben, und sich ein rechtskräftiges oder für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urtheil verschaffen.

2.

Der Vollstreckungstitel, welcher den Gläubigern auf Grund des § 179 zusteht, würde an sich die Personen nicht treffen, welche sich neben dem Gemeinschuldner für die Erfüllung des Zwangsvergleichs verpflichtet haben. Desshalb wurde durch § 179 die Vollstreckbarkeit bezüglich dieser Vergleichsbürgen besonders geregelt. Dies geschah in der Weise, dass der auf Grund des § 179 erworbene Vollstreckungstitel auch gegen diejenigen Vergleichsbürgen wirksam ist, welche gleichzeitig und solidarisch mit dem Gemeinschuldner die Verpflichtungen übernommen haben, welche sich für diesen aus dem Zwangsvergleich ergeben. Hinsichtlich dieser Personen wird angenommen, dass sie sich durch Uebernahme der Bürgschaft auch der Vollstreckbarkeit unterworfen haben, und zwar ist diese Annahme eine unbedingte, auf dem Gesetz beruhende, welche ungeachtet entgegengesetzter Vorbehalte ihre Wirkung hat. (M.: 425.) Bezüglich derjenigen Personen, welche sich die Einrede der Vorausklage vorbehalten, also nur eine subsidiäre Verpflichtung übernommen haben, hat es bei den allgemeinen Vorschriften der C.-P.-O. sein Bewenden. Es müssen die Gläubiger, wenn ein solcher Bürge seinen Verpflichtungen nicht freiwillig nachkommt, zunächst den Weg der Klage betreten, und können erst, wenn sie ein Urtheil erwirkt haben, die Zwangsvollstreckung betreiben.[1]) Hinsichtlich derjenigen Personen, welche sich neben dem Gemeinschuldner und sammtverbindlich mit demselben

[1]) A. M. ist von Völderndorff (§§ 179 ff. Bem. d. II. Bd. II. S. 530), der es als selbstverständlich ansieht, dass auch gegen den subsidiär haftenden Vergleichsbürgen die Zwangsvollstreckung auf Grund des § stattfinde, wenn der Gemeinschuldner vergeblich exequirt, der Vorbehalt der Einrede der Vorausklage also erfüllt sei. Diese Ansicht ist aber weder mit dem Wortlaut des Gesetzes noch mit dem Grunde desselben zu vereinbaren. Gegen den nur subsidiär haftenden Bürgen bildet die Feststellung in der Tabelle überhaupt keinen Vollstreckungstitel; er hat sich der sofortigen Vollstreckbarkeit dieses Titels gegen ihn nicht unterworfen; für ihn gelten vielmehr die allgemeinen Rechtsgrundsätze, nach welchen die Zwangsvollstreckung nicht auf Grund eines einfachen Versprechens, sondern nur auf Grund eines gerichtlichen Urtheils, oder eines demselben gleichgestellten Titels eintreten kann.

verpflichtet haben, wird übrigens unbedingt vorausgesetzt, dass zur Zeit des Zwangsvergleichs die Forderung, deren Vollstreckung in Frage steht, bereits festgestellt war. „Nur solche Forderungen, welche gegen den Gemeinschuldner vollstreckbar sind, konnten für vollstreckbar gegen den Bürgen erklärt werden und nur diejenigen, deren Vollstreckbarkeit bis zum Abschluss des Vergleichs erlangt worden ist. Betreffs dieser Forderungen durfte man mit Fug und Recht annehmen, dass der Bürge durch Uebernahme der Bürgschaft sich auch der Vollstreckbarkeit unterworfen habe. — Für die Forderungen, die nicht bis zur Abstimmung über den Vergleich den Vollstreckungstitel gegen den Gemeinschuldner erlangt haben, ist ein besonderer Titel gegen den Mitschuldner nach Massgabe der C.-P.-O. zu erzielen. Dieselbe erfordert nicht nothwendig ein Urtheil; die Nr. 4 des § 702 gewährt auch hier eine leichtere Handhabe.“ (M.: 424, 425.)[1])

III.

Anspruch auf eine Hypothek.

(§ 180.)

Nach französischem Recht (Code de com. Art. 524, Fallimentsges. Art. 517) hat die gerichtliche Bestätigung des Zwangsvergleichs die besondere Wirkung, dass den einzelnen Gläubigern auf Grund derselben eine Hypothek an den Liegenschaften des Gemeinschuldners zusteht, bezw. die bei Eröffnung des Verfahrens im Namen der Masse eingetragene allgemeine Hypothek für die einzelnen Gläubiger nach Verhältniss ihrer Forderungen erhalten bleibt. Auch ist der Syndik verpflichtet, diese Hypothek durch Einschreibung des Bestätigungsurtheils zu wahren, sofern die Gläubiger nicht auf ihr Pfandrecht verzichtet haben. Von einer derartigen Kollektivhypothek wurde bei Aufstellung des Entwurfs abgesehen, weil sie weder den Prinzipien der modernen Hypothekensysteme noch den civilrechtlichen Voraussetzungen einer gerichtlichen Hypothek entspreche. Aber auch Einzelhypotheken zu Gunsten der verschiedenen Gläubiger wollte man nicht in allgemeiner Weise, sondern nur unter bestimmten Voraussetzungen bewilligen. Damit zufolge des Zwangsvergleichs eine Hypothek geltend gemacht und deren Einschreibung verlangt werden kann, wird vorausgesetzt:

1. dass die Forderung festgestellt ist, also ein Vollstreckungstitel vorliegt;
2. dass nach den Landesgesetzen ein gerichtliches Urtheil, also auch die Eintragung in die Tabelle, den Anspruch auf eine Hypothek begründet.

Für den Fall, dass diese Voraussetzungen gegeben sind, die Forderung aber noch nicht fällig ist, wird nun nach der Vorschrift des § der Anspruch auf eine Hypothek an die weitere Voraussetzung geknüpft, dass ein Arrestgrund

[1]) Von Völderndorff stellt zwar (§§ 179 ff. Bem. b. Bd. II. S. 528) die Ansicht auf, die Zwangsvollstreckung gegen den Vergleichsbürgen könne auch dann auf Grund der Feststellung der Forderung erfolgen, wenn diese erst nach Abschluss des Vergleichs, aber vor Aufhebung des Verfahrens erfolgt sei. Diese Ansicht ist aber als unrichtig anzusehen. Die Vorschrift des §, die als eine Ausnahmebestimmung anzusehen ist, soll sich nach dem klaren Willen des Gesetzes nur auf diejenigen Forderungen erstrecken, welche schon zur Zeit des Vergleichsabschlusses festgestellt, dem Bürgen sonach bekannt sind.

(§ 797 C.-P.-O) vorliegt. Auf die bereits fälligen Forderungen, welche auf dem Wege der Zwangsvollstreckung verfolgt werden können, bezieht sich die Vorschrift des §, wie sich aus der Fassung ergibt, nicht. Da nach § 133 Abs. 2 die Eintragung in die Tabelle rücksichtlich der festgestellten Forderungen wie ein rechtskräftiges Urtheil wirkt, ist aber den Gläubigern, deren Forderungen fällig sind, in den Ländern, in welchen die Urtheile eine gerichtliche Hypothek gewähren, ohnedies und ohne dass ein Arrestgrund erforderlich ist, die Möglichkeit gegeben, ihre Hypothek eintragen zu lassen.[1])

„Im Uebrigen ist es den Betheiligten überlassen, sich über die Bestellung einer Hypothek, wenn die Gläubiger solche ihrem Interesse entsprechend erachten, beim Abschlusse des Akkords zu einigen.“ (M.: 426.) In welcher Weise die Eintragung zu bewirken ist, bestimmt sich nach den Landesgesetzen.

§ 181.

Eine Klage auf Aufhebung des Zwangsvergleichs aus dem Grunde der Nichterfüllung desselben findet nicht statt.

(E.: § 181. M.: 426. 427. K.: 114; pr. K.-O. § 201.)

Wird der Zwangsvergleich nicht erfüllt, so kann die Erfüllung auf dem Wege der Zwangsvollstreckung erzwungen werden. Die Nichterfüllung ist aber kein gesetzlicher Grund, welcher die Aufhebung des Zwangsvergleichs rechtfertigt. Auch wo nach dem bürgerlichen Recht die Nichterfüllung eines Vertrags zur Klage auf Auflösung desselben berechtigt, werden die landesgesetzlichen Bestimmungen durch § 181, soweit es sich um den Zwangsvergleich handelt, beseitigt. Gerade weil in Ermangelung einer besonderen Vorschrift aus den Grundsätzen des französischen Civilrechts (Art. 1184 Code civil) die entgegengesetzte Folgerung gezogen werden könnte, wurde die Vorschrift des § für nothwendig gehalten. Dass die Gläubiger vertragsmässig (durch die sogen. kassatorische Klausel) ausbedingen, es solle der Zwangsvergleich im Falle der Nichterfüllung für nicht geschlossen gelten, ist, wie auch in den Motiven (426) hervorgehoben wurde, nicht ausgeschlossen. Soweit es sich um Schadenersatz wegen Nichterfüllung handelt, wird durch den § an den Vorschriften des bestehenden Rechts nichts geändert.

§ 182.

Wenn der Zwangsvergleich durch Betrug zu Stande gebracht ist, so kann jeder Gläubiger den vergleichsmässigen Erlass seiner Forderung anfechten, unbeschadet der ihm durch den Vergleich gewährten Rechte.

[1]) V. Hullmann § 180 Bem. 2. S. 330; von Völderndorff §§ 179 ff. Bem. f. Bd. II. S. 531. Von Wilmowski (§ 180 Bem. 1. S. 311) und Wengler (ebendas. S. 635) fassen die Vorschrift des § so auf, dass die K.-O. eine Hypothek gewähre, sofern die Forderung entweder fällig sei, oder ein Arrestgrund vorliege. Praktisch laufen die beiden Auffassungen auf dasselbe Ergebniss hinaus.

Die Anfechtung ist nur zulässig, wenn der Gläubiger ohne Verschulden ausser Stande war, den Anfechtungsgrund in dem Bestätigungsverfahren geltend zu machen.

(E.: § 182. M.: 427. K.: 114. 115; pr. K.-O. §§ 203 und 204.)

1.

Durch § 182 wird eine nachträgliche Anfechtung des Zwangsvergleichs wegen Betrugs gestattet, weil dieser jeden Vertrag und jedes Urtheil entkräfte. Es wird aber den Gläubigern nicht, wie nach französischem Recht (Fallimentsges. Art. 518) und wie nach der pr. K.-O. (§ 203) das Recht eingeräumt, auf gänzliche Vernichtung des Zwangsvergleichs zu klagen, sondern es können die einzelnen Gläubiger nur die ihnen widerfahrene Verletzung geltend machen. „Bei Bestätigung des Vergleichs standen als die eine Partei dem Gemeinschuldner alle Gläubiger gegenüber; nach Aufhebung des Konkurses steht jeder Gläubiger neben dem andern einzeln und selbständig da. Die Klage des Einen darf nicht bindend für Alle weder die Hinfälligkeit noch die Unanfechtbarkeit des Vergleichs zur Folge haben.“ (M.: 427.) Gelingt die Anfechtung, so ist der Gläubiger, welcher dieselbe durchgeführt hat, an den dem Gemeinschuldner bewilligten Nachlass nicht weiter gebunden. Dagegen werden ihm die Vortheile aus dem Vergleich nicht entzogen, weil sonst der gewährte Schutz leicht in Beschädigung umschlagen könnte. „Die K.-O. lässt den Vergleich bestehen und gibt jedem Gläubiger das Recht, für sich den vergleichsmässigen Erlass seiner Forderung anzufechten, sei es den Nachlass an Kapital oder Zinsen, sei es den gewährten Aufschub, sei es eine andere Beschränkung, welche der Inhalt des Vergleichs ihm auferlegt. Seine vordem bestandenen Rechte sollen unberührt durch den Vergleich aufleben, und die ihm durch denselben gewährten Befugnisse sollen erhalten bleiben; auch eine Bürgschaftsleistung, denn der Bürge, welcher mit den Konkursgläubigern paktirt hat, kann aus dem von dem Gemeinschuldner gegen sie verübten Betruge eine Befreiung den Gläubigern gegenüber nicht herleiten.“ (M.: 427.)

2.

Nach § 203 der pr. K.-O. war die Klage auf Vernichtung des Zwangsvergleichs wegen Betrugs gestattet: „wenn erst nach Ablauf der zur Einlegung des Einspruchs gegen die Bestätigung des Akkords bestimmten Frist entdeckt wird: 1. dass das zur Konkursmasse gehörige Vermögen theilweise verheimlicht oder bei Seite geschafft worden ist, oder dass 2. Schulden ganz oder theilweise erdichtet sind, oder dass 3. einem oder mehreren Gläubigern ohne deren Einwilligung die gesetzlichen Erfordernisse zum Akkord nicht vorhanden gewesen wären, für ihre ertheilte Einwilligung von dem Gemeinschuldner oder von einer anderen Person ein besonderer Vortheil heimlich gewährt oder versprochen worden ist.“ In § 182 wird dagegen von einer solchen Beschränkung auf einzelne Betrugsfälle abgesehen und es genügt der Nachweis, dass der Zwangsvergleich durch irgend welchen Betrug zu Stand gbracht worden, immer zur Begründung der Anfechtungsklage. In den in der pr. K.-O. aufgezählten Fällen liegt jedoch

regelmässig ein Betrug im Sinne der K.-O. vor. Was im § unter Betrug verstanden wird, wurde in der Reichstagskommission ausführlich erörtert und es zeigte sich schliesslich eine Uebereinstimmung bezüglich aller einzelnen Punkte. Dass darunter „etwas Anderes, etwas Engeres gemeint sei, als unter der in § 173 Nr. 1 gedachten Begünstigung und unlauteren Handlungsweise," hob Regierungsrath Hagens hervor, ohne dass hiegegen Widerspruch erhoben wurde. Dagegen zeigte sich zwischen dessen Auffassung und der des Abg. Goldschmidt anfangs eine Verschiedenheit bezüglich der Frage, ob zur Anfechtung ein Betrug im Sinne des Strafgesetzbuchs vorausgesetzt werde, oder ob ein civilrechtlicher Betrug genüge. Von Goldschmidt wurden die Vorschriften des § als exorbitante bezeichnet, welche höchstens dann zu rechtfertigen seien, wenn man den Ausdruck Betrug strikt und zwar im Sinne des St.-G.-B. verstehe. Nachdem Regierungsrath Hagens bemerkt hatte: „es handle sich hier um civilrechtliche Vorschriften; der strafrechtliche Betrug falle in den meisten Fällen, aber doch nicht immer mit dem civilrechtlichen zusammen," und vom Abg. von Vahl erklärt worden war: „er würde den Ausdruck Betrug im Sinne der actio doli aufgefasst haben", erwiderte Goldschmidt sodann: „die actio doli gehe viel weiter, sehe von der Erregung oder Unterhaltung eines Irrthums ab. Der civilrechtliche und strafrechtliche Begriff des Betrugs stimmten darin überein, dass die Absicht auf eine Vermögensbenachtheiligung gerichtet und zu diesem Zweck ein Irrthum des anderen Theils erregt oder unterhalten worden sein müsse. Er vermöge zwischen dem civilrechtlichen und dem strafrechtlichen Begriffe des Betrugs keinen Unterschied anzuerkennen. Andere als die in § 263 des St.-G.-B. zusammengefassten Fälle würde man auch civilrechtlich nicht als wirkliche Betrugsfälle ansehen." Die Zustimmung der ganzen Kommission und der Regierungsvertreter fand schliesslich die Auffassung des Abg. Hullmann, welcher erklärte: „er halte dafür, dass der Begriff „„Betrug"" in diesem ganz dem Civilrechte angehörigen Gesetze nur in der civilrechtlichen Bedeutung verstanden werden könne. Aber der civilrechtliche und der strafrechtliche Begriff stimmten hinsichtlich des Erfordernisses der Irrthumserregung überein, von einer Verschiedenheit derselben könne nur die Rede sein hinsichtlich der Richtung auf rechtswidrigen Vortheil und hinsichtlich der verursachten Vermögensbeschädigung, indem sich fragen lasse, ob diese Momente für den civilrechtlichen Begriff genau in derselben Formulirung zu erfordern seien, in welchen das St.-G.-B. sie präzisire. Allein gerade bei der hier fraglichen Anwendung auf einen betrügerisch zu Stand gebrachten Zwangsvergleich werde ein solcher Zweifel nicht entstehen können, da hier als Gegenstand der rechtswidrigen Absicht nur die Abschliessung des Vergleichs in Betracht kommen könne und ebenso die in Betracht kommende Vermögensbeschädigung schon in der blossen Thatsache des Vergleichsabschlusses zu finden sei." Nachdem diese Erklärung erfolgt war, bemerkte nämlich einerseits Regierungsrath Hagens: „er möchte hienach annehmen, dass ebenso, wie sich dies aus einer Vergleichung des § 24 Nr. 1 als die Absicht des Entwurfs ergebe, auch die Kommission der Meinung sei, dass der besondere Nachweis einer Vermögensbeschädigung und einer Absicht des Betrügenden, sich oder dem Gemeinschuldner einen rechtswidrigen Vortheil

zu verschaffen, nicht erforderlich sei.“ Andererseits erklärte Goldschmidt: „Von einer Untersuchung nach dieser Richtung hin sei man in Fällen der vorliegenden Art befreit, weil schon durch den blossen Abschluss des Zwangsvergleichs ein ökonomischer Nachtheil herbeigeführt werde. Das unmittelbare und nächste Ergebniss des Vergleichs sei, dass der Gläubiger den Rest seiner Forderung verliere. Insofern werde er also stets benachtheiligt. In der Absicht, den anderen Theil durch Erregung oder Benützung eines Irrthums zum Abschluss eines Zwangsvergleiches zu bewegen, liege zugleich die Absicht, demselben einen Nachtheil zuzufügen, und sich selbst einen rechtswidrigen Vermögensvortheil zu verschaffen.“ Demgemäss konstatirte nun auch Hullmann: „dass nach der neueren Erklärung des Vorredners eine Differenz nicht weiter bestehe. Dass das Erforderniss der Erregung und beziehungsweise Unterhaltung eines Irrthums vorhanden sein müsse, sei überhaupt nicht bestritten worden.“ (K.: 114, 115.) Dass der Betrug vom Gemeinschuldner ausging, wird zur Anwendung des § keineswegs vorausgesetzt. Ebensowenig ist es erforderlich, dass die Täuschung demjenigen Gläubiger gegenüber vorgenommen wurde, welcher die Anfechtungsklage erhebt. Vielmehr genügt es, dass von irgend einer Person ein Irrthum hervorgerufen oder unterhalten wurde, um dadurch den Zwangsvergleich zu Stand zu bringen, und dass dieser auch lediglich zufolge der bewirkten Täuschung also durch Betrug zu Stande gebracht worden ist. Wenn die Erregung oder Unterhaltung eines Irrthums zum Zweck des Zustandebringens des Zwangsvergleichs und der Kausalzusammenhang zwischen der Täuschung und dem Zustandekommen des Vergleichs nachgewiesen ist, so bedarf es einer weiteren Begründung der Anfechtungsklage nicht. Ein solcher Nachweis ist aber in allen Fällen erforderlich.

3.

Der Betrug, welcher zur Anfechtung des Zwangsvergleichs berechtigt, kann von jedem Gläubiger, der durch den Vergleich berührt wird, geltend gemacht werden, auch wenn derselbe in der Gläubigerversammlung für den Zwangsvergleich stimmte. (Bem. II. 3 b. zu §§ 170 ff.) Die Anfechtung kann auf dem Weg der besonderen Klage erfolgen, indem der Gläubiger die Feststellung des Umstandes verlangt, dass der Zwangsvergleich auf einem Betrug beruhe, und es kann diese Klage selbständig oder bei Gelegenheit eines anderen Prozesses erhoben werden. (§§ 231 und 253 C.-P.-O.) Der Gläubiger kann aber auch einfach auf Zahlung der ganzen ihm, abgesehen vom Zwangsvergleich, geschuldeten Summe klagen, oder den Weg der Zwangsvollstreckung betreten und den Einwand, dass ein Theil der Schuld im Zwangsvergleich nachgelassen sei, durch die Replik entkräften, dass dieser auf einem Betrug beruhe und desshalb für ihn unverbindlich sei. Die Vorschrift des Abs. 2 entspricht den Bestimmungen des § 545 der C.-P.-O. Die Anfechtung ist hienach auch dann unzulässig, wenn der Gläubiger den Betrug so zeitig erfuhr, dass er vermittelst der sofortigen Beschwerde (§ 174) die Verwerfung des Vergleichs hätte herbeiführen können. Auch die Beschwerdeinstanz bildet einen Theil des Bestätigungsverfahrens. Dieser Mangel ist aber, da die Zulässigkeit nicht

von Amtswegen zu prüfen ist, nur dann zu berücksichtigen, wenn er vom Gegner geltend gemacht wird. [1])

§ 183.

Die rechtskräftige Verurtheilung des Gemeinschuldners wegen betrüglichen Bankerutts hebt für alle Gläubiger den durch den Zwangsvergleich begründeten Erlass auf, unbeschadet der ihnen durch den Vergleich gewährten Rechte.

Auf Antrag eines Gläubigers kann das Konkursgericht Sicherheitsmassregeln gegen den Gemeinschuldner schon vor der rechtskräftigen Verurtheilung desselben anordnen.

§ 184.

Im Falle der rechtskräftigen Verurtheilung wird, wenn genügende Masse vorhanden ist, das Konkursverfahren auf Antrag eines Konkursgläubigers wieder aufgenommen.

Die Wiederaufnahme erfolgt durch Beschluss des Gerichts. Auf den Zeitpunkt der Wiederaufnahme und die Bekanntmachung derselben finden die Vorschriften der §§ 100, 103, 104, 106 entsprechende Anwendung.

§ 185.

Für die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche in der Zeit von der Aufhebung bis zur Wiederaufnahme des Konkursverfahrens vorgenommen sind, sowie für die in diesem Zeitraume entstandenen Aufrechnungsbefugnisse gilt, wenn nicht inzwischen eine Zahlungseinstellung erfolgt ist, als Tag der Zahlungseinstellung der Tag des ersten die Verurtheilung des Gemeinschuldners aussprechenden Urtheils.

§ 186.

An dem aufgenommenen Verfahren nehmen die Gläubiger, für und gegen welche der Vergleich wirksam war, mit dem noch nicht getilgten Betrage ihrer ursprünglichen Forderungen Theil.

[1]) V. von Völderndorff § 182 Bem. g. Bd. II. S. 537.

Die neuen Gläubiger des Gemeinschuldners sind zur Theilnahme an dem Verfahren berechtigt. Dieselben haben keinen Anspruch auf Befriedigung aus einer für die Erfüllung des Zwangsvergleichs bestellten Sicherheit.

§ 187.

Das Verfahren ist soweit als nöthig zu wiederholen.

Früher geprüfte Forderungen werden nur hinsichtlich einer inzwischzn eingetretenen Tilgung von neuem geprüft.

(E.: §§ 183—187. M.: 427—430. K.: 115; pr. K.-O. §§ 202 bis 209.)

I.

Verurtheilung des Gemeinschuldners wegen betrüglichen Bankerutts. Wirkungen derselben im Allgemeinen.

(§ 183.)

Da der betrügliche Bankerutt nach den §§ 162 Nr. 2 und 172 Nr. 2 den Abschluss und die Bestätigung eines Zwangsvergleichs ausschliesst, ist es natürlich, dass die nachträgliche Verurtheilung des Gemeinschuldners wegen eines solchen Verbrechens nicht ohne Einfluss auf den vorher abgeschlossenen und rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleich sein kann. Dieselbe hat jedoch nicht, wie es nach dem französischen Fallimentsgesetz (Art. 520) und nach der pr. K.-O. (§ 202) der Fall ist, die Nichtigkeit des Zwangsvergleichs zur Folge, sondern es wird dadurch nur der durch diesen Vergleich begründete Nachlass in derselben Weise aufgehoben, wie es auf Grund der erfolgreichen Anfechtung wegen Betrugs geschieht. (Bem. 1 zu § 182.) Damit diese Wirkung erfolgt, ist eine Anfechtung des Zwangsvergleichs nicht erforderlich, sondern es tritt dieselbe im Augenblick der Rechtskraft des verurtheilenden Erkenntnisses von Rechtswegen zu Gunsten aller durch den Vergleich berührten Gläubiger ein. Dass das Gericht schon vor Eintritt der Rechtskraft des verurtheilenden Erkenntnisses, mit welcher der Zwangsvergleich einen Theil seiner Wirkungen verliert und die Wiederaufnahme des Verfahrens zulässig wird, Sicherheitsmassregeln gegen den Gemeinschuldner und zu Gunsten der Gläubiger treffen kann, hat in den gleichen Erwägungen, wie die entsprechende Vorschrift des § 98 ihren Grund. Die Sicherheitsmassregeln können jedoch hier nur auf Antrag eines bei dem Zwangsvergleich betheiligten Gläubigers angeordnet werden. Wenn ein anderer Gläubiger die Eröffnung eines neuen Konkursverfahrens veranlassen will, können Sicherheitsmassregeln nur, sofern die Voraussetzungen des § 98 vorliegen, also nachdem die Eröffnung in zulässiger Weise beantragt worden ist, dann aber von Amtswegen angeordnet werden. Zur Anwendung des § 183 Abs. 2 ist es nicht erforderlich, dass der Gemeinschuldner bereits verurtheilt, sondern es genügt, dass eine Untersuchung wegen betrüglichen Bankerutts eingeleitet worden ist,

oder deren Einleitung in Aussicht steht. Dass bereits das Hauptverfahren eröffnet ist, wird nicht wie im Falle des § 162 Nr. 2 vorausgesetzt. Das Gesetz enthält eine solche Beschränkung nicht und dieselbe darf um so weniger in dasselbe hineingetragen werden, als es sich lediglich um Sicherstellung der Gläubiger handelt, welche schon vor der förmlichen Eröffnung des Hauptverfahrens geboten sein kann. In der Regel wird jedoch das Gericht erst, wenn dieses Verfahren eröffnet und damit eine Verurtheilung wenigstens wahrscheinlich gemacht ist, von der ihm eingeräumten Befugniss Gebrauch machen.[1])

Nach dem französ. Fallimentsgesetz (Art. 526) und der pr. K.-O. (§ 209) kommt der dem Gemeinschuldner bewilligte Nachlass auch dann in Wegfall, wenn ohne Aufhebung des Zwangsvergleiches jedoch vor vollständiger Erfüllung desselben ein neuer Konkurs über das Vermögen des Gemeinschuldners eröffnet wird. Eine derartige Vorschrift wurde aber für ungerechtfertigt gehalten. „Der Akkord und somit der akkordmässige Erlass bleibt trotz der Nichterfüllung und trotz der neuen Zahlungsunfähigkeit bestehen. Daran kann der Umstand nichts ändern, ob in Folge der letzteren ein zweites Konkursverfahren eröffnet, oder die Konkurseröffnung umgangen wird. (M.: 430.)

II.
Wiederaufnahme des Konkursverfahrens.
(§§ 184—187.)

1.

Wenn auch die rechtskräftige Verurtheilung des Gemeinschuldners wegen betrüglichen Bankerutts nach der K.-O. nicht die Folge hat, dass der Zwangsvergleich nichtig wird, und sonach alle seine Wirkungen verliert, so wird doch dadurch der bewilligte Nachlass allen Gläubigern gegenüber kraftlos, und es können sich diese wegen ihrer wiederauflebenden Forderungen an das im Zwangsvergleich freigegebene Vermögen des Gemeinschuldners halten. Es treten desshalb in Beziehung auf die Fortsetzung oder Wiederaufnahme des früheren Verfahrens dieselben Wirkungen ein, wie wenn der Zwangsvergleich vollständig unwirksam wäre. „Aus dem Wegfall der durch den Akkord gewährten Freigabe der Konkursmasse an den Schuldner folgt die Wiederaufnahme des Konkursverfahrens. Die akkordmässige Aufhebung des Konkurses soll rückgängig gemacht werden.“ (M.: 428.) Da die K.-O. eine Nichtigkeit des Zwangsvergleichs nicht vorschreibt, und es möglich ist, dass die Gläubiger auch ohne Wiederaufnahme des Verfahrens vollständige Befriedigung erlangen können, findet eine Wiederaufnahme des Verfahrens nicht, wie nach der pr. K.-O. (§ 206), von Amtswegen statt, sondern es ist den Gläubigern überlassen, dieselbe herbeizuführen. „Der § 184 setzt den Antrag eines Konkursgläubigers (§§ 95, 97) voraus; nur dass es auf

[1]) V. von Völderndorff § 183 Bem. II. Bd. II. S. 538. A. M. sind Hullmann (§ 183 Bem. 4 S. 333) und von Sarwey (ebendas. Bem. 3 S. 692), welche die Anordnung von Sicherheitsmassregeln erst dann zulassen wollen, wenn das Hauptverfahren eröffnet worden ist.

eine Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners nicht ankommen kann, denn es handelt sich nicht um die Eröffnung eines neuen, sondern um eine Aufnahme des alten Verfahrens." (M.: 428.) Zur Antragstellung berechtigt sind übrigens nur solche Gläubiger, welche an dem früheren Verfahren oder wenigstens an dem Zwangsvergleich betheiligt waren. Solche Personen, welche erst nach der Aufhebung des Konkursverfahrens Gläubiger geworden sind, können zwar gemäss §§ 95 ff. die Eröffnung des Konkursverfahrens beantragen; es müssen aber, damit deren Antrag stattgegeben werden kann, die Voraussetzungen des § 97 vorliegen, und es handelt sich dann um ein neues Verfahren, nicht um die Wiederaufnahme des alten.[1]) Dass die Wiederaufnahme nur dann zu erfolgen hat, wenn genügende Masse vorhanden ist, entspricht der Vorschrift des § 99 und ist schon desshalb gerechtfertigt, weil sonst doch in der Regel eine Einstellung des Verfahrens (§ 190) erfolgen müsste. Der Satz, dass gemäss § 184 nur das alte Konkursverfahren wieder aufgenommen wird, ist von grosser Wichtigkeit für die Frage, welche Theile des Verfahrens wiederholt werden müssen. (Bem. II. 4.) Die Wiederaufnahme muss aber in denselben Formen geschehen, wie die Eröffnung eines neuen Verfahrens, und es gelten auch bezüglich der Wirkungen derselben für die Verfügungsbefugnisse des Gemeinschuldners (§ 5) dieselben Vorschriften wie hinsichtlich der Eröffnung eines neuen Verfahrens. Wie die Aufhebung, so muss auch die Wiederaufnahme des Verfahrens öffentlich bekannt gemacht werden, und es kommen bezüglich der vor der Wiederaufnahme des Verfahrens vom Gemeinschuldner vorgenommenen Rechtshandlungen lediglich die Vorschriften der §§ 22 ff. zur Anwendung. (Bem. II. 2.) Uebrigens handelt es sich insofern nicht bloss um Aufnahme des alten Verfahrens, als auch das nach der Bestätigung des Zwangsvergleichs bezw. nach der darauf gefolgten Aufhebung des Verfahrens vom Gemeinschuldner erworbene Vermögen von dem wiederaufgenommenen Verfahren ergriffen wird, und folgeweise auch die späteren Gläubiger des Gemeinschuldners an diesem Verfahren theilnehmen. (Bem. II. 3.) Sollte es vorkommen, dass zu der Zeit, in welcher der Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens gestellt wird, der Gemeinschuldner sich bereits auf Grund einer neuen Konkurseröffnung im Konkurs befindet, so müsste dieses Konkursverfahren geschlossen werden bezw. in dem wieder aufgenommenen Verfahren aufgehen. Diesem kommt die Priorität zu, und es müsste, wenn es sich um Verfahren vor verschiedenen Gerichten handelt, § 64 Abs. 2 zur Anwendung kommen.[2])

2.

Bei Regelung der Frage, welche Wirksamkeit den nach Aufhebung des Konkursverfahrens vom Gemeinschuldner vorgenommenen Rechtshandlungen zukommen, musste berücksichtigt werden, dass derselbe in den Besitz seines Ver-

[1]) V. von Sarwey § 184 Bem. 1 S. 692. A. M. ist von Völderndorff, der (§§ 184 ff. Bem. c. Bd. II. S. 539 ff.) die Ansicht ausspricht, auch ein neuer Gläubiger müsse zum Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens berechtigt sein, aber allerdings für diesen Fall verlangt, dass die Voraussetzungen des § 94 vorliegen.

[2]) V. von Sarwey § 184 Bem. 1 S. 693.

mögens und damit von Rechtswegen in die Befugniss wieder eingesetzt war, über dasselbe zu verfügen (§§ 175, 177); es konnten desshalb diese Handlungen nicht ohne Weiteres als unwirksam behandelt werden. „Die Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner in der Zwischenzeit vorgenommen hat, sind an sich rechtsgültig; sie unterliegen nur der Anfechtung nach den Bestimmungen, nach welchen die Anfechtung der vor einer Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen zulässig ist. (§§ 22—34.) Hiebei tritt an Stelle des Zeitpunkts der Konkurseröffnung der Zeitpunkt der Wiederaufnahme, und der Antrag auf letztere an Stelle des Antrags auf erstere. Der Wiederaufnahme kann eine neue Zahlungseinstellung vorangegangen sein; dann bleibt diese natürlich massgebend. In Ermangelung einer solchen musste ihr ein entsprechender Akt und Moment substituirt werden. Die pr. K.-O. (§ 207) legt ihn auf den Eintritt der Rechtskraft des Bankerutturtheils; die K.-O. substituirt, weil ihr dieser zu wenig erkennbar und zu spät erscheint, den Tag des ersten, die Verurtheilung aussprechenden Urtheils.“ (M.: 428.)

3.

Dass die alten durch den Zwangsvergleich betroffenen Forderungen, soweit sie nicht bereits getilgt sind, in dem wiederaufgenommenen Verfahren ihrem vollen Umfange nach geltend gemacht werden können, ist eine nothwendige Konsequenz aus der Vorschrift des § 182. Auch ergibt sich aus der Auffassung, dass nicht etwa der Zwangsvergleich als nicht geschlossen und die Aufhebung des Konkurses als nicht geschehen gilt, sondern nur der dem Gemeinschuldner bewilligte Erlass als fortfallend zu betrachten ist, von selbst, dass die Gläubiger nicht verpflichtet sind, die Zahlungen, welche sie auf Grund des Zwangsvergleichs erhalten haben, zur Masse zurückzugewähren. Bezüglich dieser Zahlungen bestimmen das franz. Fallimentsgesetz (Art. 526) und die pr. K.-O. (§ 208), dass eine Forderung, auf welche die Akkordsumme voll gezahlt sei, gar nicht, und eine Forderung, auf welche eine Quote von der Akkordsumme gezahlt sei, nur zu der Restquote geltend gemacht werden dürfe. In der Novelle zur pr. K.-O. wurde die betr. Bestimmung beseitigt, aber an deren Stelle den theilweise befriedigten Gläubigern eine Kollationspflicht — nach Art der eines Erben bei Nachlasstheilungen — auferlegt. Die Gläubiger hatten den vollen Nominalbetrag ihrer ursprünglichen Forderung zu liquidiren; die ihnen gemäss dem Akkord geleisteten Zahlungen mussten aber der wirklich vorhandenen Masse hinzugerechnet, danach die Dividende sämmtlicher Gläubiger berechnet, und von dieser Dividende musste dem betr. Gläubiger die erhaltene Zahlung abgezogen werden. Von allen derartigen Vorschriften wird in der K.-O. abgesehen, weil sie weder nach dem strengen Recht noch durch die Billigkeit gerechtfertigt seien. (M.: 429 und 430.) Der Gläubiger hat nicht den früheren Nominalbetrag seiner Forderung sondern lediglich den noch ungetilgten Betrag im Verfahren geltend zu machen. Die von ihm empfangenen Zahlungen bleiben aber ebenso, wie wenn sie an spätere Gläubiger geleistet worden wären, ausser Betracht. Nur wenn eine solche Zahlung nach allgemeinen Grundsätzen der Anfechtung unterliegt, kann sie dem Gläubiger wieder entzogen werden.

Die Vorschrift des § 186 Abs. 2 wurde in den Motiven (429) in folgender Weise gerechtfertigt: „Das Recht zur Theilnahme an dem wiederaufgenommenen Verfahren konnte nicht auf die alten Forderungen, welche schon zur Zeit der Eröffnung des aufgehobenen Konkurses bestanden, beschränkt bleiben; die neuen Gläubiger, deren Forderungen in der Zeit bis zur Wiederaufnahme entstanden sind, von der Theilnahme auszuschliessen, würde nicht bloss dem Recht widersprechen, sondern auch den Kredit in bedenklicher Weise gefährden. Die neuen Gläubiger waren vollkommen berechtigt, der Verfügungsbefugniss des Schuldners und seinem Vermögen zu trauen, ohne Unterschied, ob dieses oder jenes Stück vordem zur Konkursmasse gehört hatte oder nicht. Darum würde nicht minder eine Absonderung dieser älteren Stücke zu Gunsten der alten Gläubiger ungerecht, wenn überhaupt praktisch durchführbar sein. Die neuen Gläubiger haben jedoch keinen Anspruch auf eine den alten Gläubigern durch den Vergleich bestellte besondere Sicherheit; in Ansehung dieser stehen ihnen die alten Gläubiger wie sonstige Absonderungsberechtigte gegenüber." Nach dieser Vorschrift haben übrigens die neuen Gläubiger nicht bloss das Recht, an dem wiederaufgenommenen Verfahren theilzunehmen, sondern sie müssen dies thun, wenn sie aus dem vorhandenen Vermögen befriedigt sein wollen. Auch kommen bezüglich ihrer die Bestimmungen der §§ 10 ff. zur Anwendung. Den neuen Gläubigern müssen die an dem früheren Verfahren betheiligten Gläubiger in Beziehung auf die inzwischen aufgelaufenen Zinsen und Kosten gleichgestellt sein, bezüglich deren sie nicht schlechter gestellt werden dürfen, als Zinsen und Kosten aus anderen Forderungen.[1]) Ausgeschlossen von dem Verfahren sind dagegen die Gläubiger, deren Ansprüche zur Zeit der Wiederaufnahme des Verfahrens noch nicht begründet waren. (§ 2.) Dass sich das wiederaufgenommene Konkursverfahren auch auf das nach der Aufhebung des Verfahrens erworbene Vermögen des Gemeinschuldners in dem durch § 1 begrenzten Umfange erstreckt, ist im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt, versteht sich aber nach der Vorschrift des § von selbst.[2])

4.

Bezüglich des § 187 wurde in den Motiven (428) bemerkt: „Das wiederaufgenommene Verfahren braucht nur soweit es nöthig wiederholt zu werden; wegen der bisher geprüften Forderungen bleibt es bei den geschehenen Ergebnissen; der wiederholten Prüfung derselben bedarf es nur hinsichtlich einer inzwischen erfolgten Tilgung. Dass ein Zwangsvergleich nicht von Neuem geschlossen werden kann, ergibt sich aus § 162 Nr. 2 auch ohne ausdrückliche Vorschrift." Aus diesen Bemerkungen erhellt noch klarer als aus dem Wortlaut des §, dass ungeachtet der Mitwirkung neuer Gläubiger und der dadurch bedingten Erweiterung der Konkursmasse, nicht ein neues Verfahren, sondern nur die Wiederaufnahme und Fortsetzung des durch den Zwangsvergleich beendigten Konkursverfahrens in Frage steht, und dass Alles, was in diesem Verfahren vorgenommen wurde, in Kraft bleibt. Eine Wiederholung der bereits vorgenommenen

[1]) V. von Völderndorff § 186 Bem. II. Bd. II. S. 543.

[2]) V. Hullmann § 184 Bem. 3 S. 334 ff; von Sarwey ebendas. Bem. 1 S. 692, 693.

Handlungen ist nur insoweit erforderlich, als besondere Gründe, insbesondere die veränderten Umstände dies nothwendig machen. Hieraus ergibt sich vor Allem, dass diejenigen Gläubiger, welche ihre Forderungen bereits früher angemeldet hatten, dieselben nicht nochmals anzumelden brauchen, sondern eine Anmeldung nur dann erforderlich ist, wenn von einem solchen Gläubiger eine neue Forderung geltend gemacht wird.[1]) Dass bereits geprüfte und festgestellte Forderungen nur dann von Neuem zu prüfen sind, wenn behauptet wird, sie seien seit der Feststellung ganz oder theilweise getilgt worden, ergibt sich aus dem aufgestellten Satze und ist auch in Abs. 2 des § ausdrücklich bestimmt. Solange eine solche Behauptung nicht aufgestellt ist, hat es hienach bei der erfolgten Feststellung sein Bewenden. Wird aber vom Verwalter oder einem Konkursgläubiger (§ 132) gegen die Forderung Widerspruch erhoben, weil eine Tilgung derselben erfolgt sei, so ist sie damit streitig geworden und eine Prüfung derselben erforderlich. Bleibt eine bereits festgestellte Forderung mit Rücksicht auf die behauptete Tilgung streitig, so muss mit Rücksicht auf die der Eintragung in die Tabelle beigelegte Wirkung (§ 133 Abs. 2) die Vorschrift des § 134 Abs. 6 zur Anwendung kommen, und liegt es hienach dem Widersprechenden ob, den Widerspruch zu verfolgen. Zu den Handlungen, welche nicht ohne Weiteres zu wiederholen sind, ist auch die Bestellung des Verwalters und eines Gläubigerausschusses zu rechnen. Daraus, dass nicht ein neues Verfahren eingeleitet, sondern nur die Aufhebung des früheren Verfahrens rückgängig gemacht wird (Bem. II. 1), ergibt sich, dass die für dieses Verfahren bestellten Organe ihre Thätigkeit ohne Weiteres wieder aufzunehmen und bis zur Beendigung des Verfahrens fortzusetzen haben, und in der Wiederaufnahme des Verfahrens oder dem Hinzutritt neuer Gläubiger liegt Nichts, was dazu nöthigt, die frühere Bestellung als unwirksam anzusehen und eine neue Bestellung bezw. Neuwahl zu rechtfertigen. Die Ernennung des Verwalters liegt ohnedies ganz in der Hand des Gerichts (Bem. I. 1 zu §§ 70 ff.) und ein Recht auf Wiederholung des in § 72 vorgesehenen Vorschlags haben die neuen Gläubiger ebensowenig, wie solches im regelmässigen Verfahren denjenigen Gläubigern zusteht, welche mit oder ohne ihr Verschulden erst nach der ersten Gläubigerversammlung an

[1]) Von Wilmowski (§ 187 Bem. 2 S. 315) ist zwar der Meinung, dass auch früher geprüfte Forderungen nochmals angemeldet werden müssten, weil Abs. 2 nur die Wiederholung der Prüfung ausschliesse. Diese Ansicht kann aber nicht als richtig angesehen werden. Die Ueberflüssigkeit einer nochmaligen Anmeldung ergibt sich aus Abs. 1 des §, bezw. daraus, dass es sich lediglich um die Fortsetzung des früheren Verfahrens handelt. Aus der Vorschrift des Abs. 2, welche zur Vermeidung von Zweifeln und mit Rücksicht auf die etwa erfolgte Tilgung für das Prüfungsverfahren die Folgerung aus dem allgemeinen Grundsatz ausdrücklich zieht, kann ein argumentum e contrario nicht entnommen werden. V. auch Hullmann § 187 Bem. 1 S. 336; Wengler ebendas. Bem. 1 S. 642; von Sarwey ebendas. Bem. 1 S. 697. Eine mittlere Meinung vertritt von Völderndorff, der (§ 187 Bem. d. Bd. II. S. 546) bemerkt, ein förmliches Anmeldungsverfahren sei nicht erforderlich, der Gläubiger müsse sich aber, um berücksichtigt zu werden, melden und erklären, dass er auf seinem Anspruch beharre.

dem Verfahren theilnehmen konnten. Ebenso wie bezüglich des Verwalters liegt die Sache hinsichtlich des Gläubigerausschusses. Die später in das Verfahren eingetretenen Gläubiger können gemäss § 84 den Widerruf der Bestellung der einzelnen Ausschussmitglieder beantragen, aber sie haben kein Recht auf eine Wiederholung der Wahl. Vielmehr bleiben die Ergebnisse des früheren Verfahrens in dieser Beziehung ebenso in Kraft, wie es in anderen Richtungen, z. B. hinsichtlich der Feststellung der angemeldeten Forderungen, der Fall ist. [1])

Siebenter Titel.

Einstellung des Verfahrens.

(§§ 188—192.)

Vorbemerkungen.

Die K.-O. kennt zwei Arten der Beendigung des Konkursverfahrens, nämlich die „Aufhebung" und die „Einstellung" desselben. Von der Aufhebung des Verfahrens spricht dieselbe in denjenigen Fällen, in welchen die Befriedigung der Gläubiger auf dem Wege der Schlussvertheilung oder des Zwangsvergleichs (§§ 151, 175) stattgefunden hat, der Zweck des Verfahrens also soweit thunlich erreicht worden ist. Ausserdem wird der Ausdruck in § 105 gebraucht, wo von der Aufhebung des Verfahrens zufolge einer den Eröffnungsbeschluss aufhebenden Entscheidung gehandelt wird. Von „Einstellung" wird in denjenigen Fällen gesprochen, in welchen von einer Durchführung des Verfahrens, obgleich dasselbe an sich zulässig ist, abgesehen wird, weil dies alle Betheiligten verlangen, oder weil es sich herausstellt, dass eine zur Befriedigung der Gläubiger verwendbare Masse nicht vorhanden, die Fortsetzung des Verfahrens also zwecklos ist. Von dem ersten Fall wird in den §§ 188, 189, von dem zweiten im § 190 gehandelt. Die §§ 191 und 192 enthalten allgemeine Bestimmungen für beide Fälle der Einstellung. Unter die Vorschriften der §§ 188 und 189 fällt auch ein Konkursverfahren, das zufolge einer Befriedigung sämmtlicher Gläubiger beendigt werden soll. Auch in einem solchen muss der Einstellungsbeschluss gemäss § 189 erwirkt werden. [2])

§ 188.

Das Konkursverfahren ist auf Antrag des Gemeinschuldners einzustellen, wenn er nach dem Ablaufe der Anmelde-

[1]) V. Hullmann § 187 Bem. 1 S. 337; von Sarwey ebendas. Bem. 1 S. 696. A. M. ist von Völderndorff (§ 187 Bem. a. S. 544 ff.), welcher sowohl die Neuernennung eines Verwalters als die Neuwahl eines Gläubigerausschusses für nothwendig hält.

[2]) V. von Völderndorff Vorbem. zu §§ 188 ff., Bd. II. S. 547 ff. Von einer anderen Auffassung geht von Wilmowski aus, der (ebendas. S. 316) bemerkt, ausser den in §§ 188—190 vorgesehenen Fällen werde der Konkurs beendigt, wenn alle Gläubiger befriedigt worden seien.

frist die Zustimmung aller Konkursgläubiger, welche Forderungen angemeldet haben, beibringt. Inwieweit es der Zustimmung oder der Sicherstellung von Gläubigern bedarf, deren Forderungen angemeldet aber nicht festgestellt sind, entscheidet das Konkursgericht nach freiem Ermessen.

Das Verfahren kann auf Antrag des Gemeinschuldners vor dem Ablaufe der Anmeldefrist eingestellt werden, wenn ausser den Gläubigern, deren Zustimmung der Gemeinschuldner beibringt, andere Gläubiger nicht bekannt sind.

§ 189.

Der Antrag ist öffentlich bekannt zu machen und mit den zustimmenden Erklärungen auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Konkursgläubiger niederzulegen. Die Konkursgläubiger können binnen einer mit der öffentlichen Bekanntmachung beginnenden Frist von einer Woche Widerspruch gegen den Antrag erheben. Im Falle des § 188 Abs. 1 steht der Widerspruch jedem Gläubiger zu, welcher bis zum Ablaufe der Frist eine Forderung angemeldet hat.

Das Gericht beschliesst über die Einstellung nach Anhörung des Gemeinschuldners und des Verwalters. Im Falle eines Widerspruchs ist auch der widersprechende Gläubiger zu hören.

(E.: §§ 188. 189. M.: 435—437. K.: 115; pr. K.-O. § 210.)

1.

Mit Rücksicht auf die strengen Anforderungen, welche die K.-O. an einen Zwangsvergleich stellt, und den Ausschluss eines Vergleichsverfahrens zur Abwehr der Konkurseröffnung wurde bei Aufstellung des Entwurfs auf die Wirksamkeit aussergerichtlicher Vergleiche besondere Rücksicht genommen. Die Vergleichsverhandlungen sollen zwar die Gläubiger in der Verfolgung ihrer Rechte nicht hindern, und desshalb auch den Fortgang des Konkursverfahrens nicht aufhalten. Es wurde aber dem Gemeinschuldner das Recht eingeräumt, mit Zustimmung aller Betheiligten die Einstellung des Konkursverfahrens zu verlangen. Von Amtswegen kann die Einstellung auf Grund des § 188 nicht angeordnet werden und ebensowenig auf Antrag des Konkursverwalters oder eines Gläubigers. Grundsätzlich geht die K.-O. davon aus, dass die Einstellung zu jeder Zeit erfolgen könne, dass aber die Einwilligung aller vorhandenen Konkursgläubiger

dazu erbracht sein müsse. Je nachdem die Anmeldefrist abgelaufen ist oder nicht, wird es mit Prüfung der Frage, ob alle Konkursgläubiger ihre Zustimmung gegeben haben, leichter oder strenger genommen. Im ersten Falle ist auf diejenigen Gläubiger, welche die Anmeldefrist versäumt haben, keine Rücksicht zu nehmen. Der Grundsatz der thatsächlichen Präklusion (Bem. II. zu §§ 139 ff.) kommt auch hier zur Anwendung; aber auch hier ist eine Frist zur Nachholung der versäumten Anmeldung gegeben. (§ 189.) Der Widerspruch eines einzigen Gläubigers, dessen Forderung angemeldet und festgestellt worden ist, genügt dagegen, um die Einstellung auszuschliessen und zwar derart, dass auch durch eine Sicherstellung der Widerspruch seine Wirkung nicht verliert. „Soweit nach dem Ablaufe der Anmeldefrist eine angemeldete Forderung nicht festgestellt ist, muss das freie Ermessen des Gerichts entscheiden, inwieweit es der Zustimmung oder Sicherstellung des Gläubigers bedarf. Ebenso entscheidet vor dem Ablaufe der Anmeldefrist das Ermessen des Gerichts darüber, ob ausser den Gläubigern, deren Zustimmung der Gemeinschuldner beibringt, noch andere Gläubiger als bekannt anzusehen sind; das vom Gemeinschuldner in Gemässheit des § 96 Abs. 2 eingereichte Gläubigerverzeichniss, die Bücher und Skripturen des Gemeinschuldners, die Anmeldungen und namentlich die eintretenden Verhandlungen werden für das Ermessen des Gerichts die hinreichende Grundlage bieten. Die Zustimmung aller dieser Gläubiger zu dem Antrage muss ertheilt sein; selbstverständlich bleibt es trotzdem, dass die fehlende Zustimmung einzelner Widerspruchsberechtigter durch Hinterlegung oder Sicherstellung des vollen Betrags ihrer Forderung ersetzt werden kann.“ (M.: 436.) [1]

2.

„Die Begrenzung der Interessenten und ihres Widerspruchs macht klar, dass über den Einstellungsantrag nicht ohne ein Verfahren mit den Interessenten,

[1]) Von Wilmowski (§ 189 Bem. 1 S. 319) und Hullmann (§ 188 Bem. 6) scheinen der Ansicht zu sein, dass die Zustimmung eines Gläubigers auch dann durch Sicherstellung desselben ersetzt werden könne, wenn dessen Forderung festgestellt worden sei. Diese Ansicht ist jedoch weder mit dem Wortlaut noch mit dem Geist des Gesetzes zu vereinbaren. Fehlt die Zustimmung eines solchen Gläubigers oder hat derselbe gar ausdrücklich Widerspruch erhoben, so fehlt es an einem nothwendigen Erforderniss der Einstellung und kann dieselbe sonach nicht verfügt werden. V. auch von Sarwey § 188 Bem. 5 und von Völderndorff ebendas. Bem. f. S. 553. Letzterer geht bloss darin zu weit, dass er (a. a. O. Bem. g. II. S. 554) im Widerspruch mit den Motiven behauptet, die Bestimmung des Abs. 1, nach welcher die Zustimmung unter Umständen durch Sicherstellung ersetzt werden könne, sei auf den in Abs. 2 vorgesehenen Fall nicht anwendbar, denn solange ein Prüfungstermin nicht stattgefunden habe, stünden alle Gläubiger gleich; es dürfte also zwischen denselben kein Unterschied gemacht werden. Nach dem Gesetz soll offenbar nur denjenigen Gläubigern, deren Forderungen angemeldet und festgestellt sind, ein unbedingtes Widerspruchsrecht zustehen. Ist es bezüglich einer Forderung noch gar nicht gewiss, ob sie angemeldet und anerkannt wird, so soll sie ebenso behandelt werden, wie die Forderungen, die zwar angemeldet, aber noch nicht geprüft worden, oder streitig geblieben sind.

nicht im Wege blosser Dekretur entschieden werden darf. Den Interessenten ist volle Gelegenheit zu geben, ihre Rechte geltend zu machen. Ausser der öffentlichen Bekanntmachung des Antrags soll derselbe mit den zustimmenden Erklärungen, für welche es einer besonderen Form oder Beglaubigung nicht bedarf, zur Einsicht und Prüfung offengelegt werden. Mit der öffentlichen Bekanntmachung soll eine Frist beginnen, innerhalb welcher die Gläubiger der Einstellung widersprechen und zugleich, falls der Ablauf der Anmeldefrist es nach § 188 Abs. 1 erforderlich macht, ihre Forderung noch anmelden können. Die Abmessung der Frist auf eine Woche erschien durch die Rücksicht auf Beschleunigung geboten, und nicht zu gering, weil auch ohne Widerspruch das Gericht von Amtswegen zu prüfen hat, ob die Erfordernisse des § 188 zur Einstellung des Verfahrens vorliegen. Der fruchtlose Ablauf der Frist präjudizirt nur im Falle des § 188 Abs. 1 den Gläubigern, welche es unterlassen haben, ihre Forderungen anzumelden. Das Gericht hat vor dem Beschluss in allen Fällen den Gemeinschuldner und den Verwalter, im Falle erhobenen Widerspruchs auch den widersprechenden Gläubiger zu hören. Dass dem Gericht auch hier freisteht, auf Grund des § 67 Ermittelungen anzuordnen, dass ein bestellter Gläubigerausschuss berufen ist, auch hier die Interessen nicht vertretener Gläubiger zu wahren, dass nach Massgabe des § 115 zuvor dem Gemeinschuldner der Offenbarungseid abgenommen werden kann, dass endlich der Beschluss des Gerichts der sofortigen Beschwerde unterliegt, beseitigt jede Befürchtung, dass die Vorschriften der K.-O. die begründeten Interessen der Gläubiger gefährden könnten." (M.: 437.) Daraus, dass eine besondere Beglaubigung der Zustimmungserklärungen nicht vorgeschrieben ist, darf nicht geschlossen werden, dass das Gericht die Aechtheit der Unterschrift gar nicht prüfen darf. Dasselbe ist vielmehr berechtigt, wenn in dieser Beziehung Zweifel bestehen, eine Erklärung zu beanstanden und Ermittelungen darüber anzustellen, ob dieselbe wirklich von dem in Frage stehenden Gläubiger herrührt. Das Gesetz hat nur die nach einigen Gesetzgebungen bestehende Verpflichtung des Gemeinschuldners und des Gerichts nicht gewollt, in allen Fällen eine besondere Beglaubigung beizubringen bezw. zu verlangen. [1]) Was die Verpflichtung des Gerichts anbelangt, von Amtswegen zu prüfen, ob die Zustimmungen aller vorhandenen Gläubiger vorliegen, so erstreckt sich diese, falls die Anmeldefrist verstrichen ist, lediglich auf die Feststellung der Thatsache, ob alle Gläubiger, deren Forderungen angemeldet worden sind, ihre Zustimmung erklärt haben. Steht diese Thatsache fest, so hat das Gericht seiner Verpflichtung genügt und ist auch

[1]) V. von Wilmowski § 188 Bem. 3 S. 318; Hullmann, ebendas. Bem. 5 S. 339; von Sarwey, ebendas. Bem. 4 S. 699. A. M. ist von Völderndorff, der (§ 188 Bem. e. II. Bd. II. S. 551) dem Richter die Befugniss abspricht, eine formell richtige Zustimmungserklärung zu beanstanden und die Aechtheit der Unterschrift zu bezweifeln, demselben vielmehr nur das Recht einräumen will, wenn die beigebrachte Zustimmung auch formell nicht den Erfordernissen einer „Erklärung" entspricht, den Gemeinschuldner zur Beseitigung der Mängel und Ergänzung des Fehlenden anzuhalten und im Nichtbeibringungsfalle den Antrag zurückzuweisen.

nicht berechtigt, den Antrag auf Einstellung zurückzuweisen, weil feststehender Massen noch andere Gläubiger vorhanden sind. Diesen ist vielmehr nur gemäss § 189 Gelegenheit zu geben, ihre Forderungen noch nachträglich anzumelden, und es ist ferner, wenn ein Theil der angemeldeten Forderungen streitig ist, zu prüfen, ob die fehlende Zustimmung derselben oder die Sicherstellung der Gläubiger verlangt werden muss. Ist die Anmeldungsfrist noch nicht abgelaufen, so muss das Gericht dagegen in allgemeiner Weise prüfen, ob solche Gläubiger vorhanden sind, und hat, wenn sich dies herausstellt, und die Zustimmung der ermittelten Gläubiger nicht beigebracht wird, entweder den Antrag auf Einstellung zurückzuweisen oder Sicherstellung dieser Gläubiger zu verlangen. Auch wenn die Anmeldungsfrist noch nicht verstrichen ist, darf übrigens die Einstellung nicht ohne Weiteres verfügt, sondern muss nach Vorschrift des § 189 Abs. 1 verfahren werden.

§ 190.

Das Gericht kann das Konkursverfahren einstellen, sobald sich ergibt, dass eine den Kosten des Verfahrens entsprechende Konkursmasse nicht vorhanden ist.

(E.: § 190. M.: 437. K.: 115.)

„Wegen zu geringer Masse soll die Eröffnung des Konkursverfahrens abgelehnt werden (§ 99). Aus denselben Gründen ist das Verfahren einzustellen, wenn sich erst im Laufe desselben ergibt, dass die Konkursmasse nicht den Kosten entspricht, so dass für die vorrechtslosen Konkursgläubiger Nichts übrig bleibt. Das Verfahren bis zu einer fingirten Schlussvertheilung durchzuführen, böte nicht den geringsten Vortheil, hätte vielmehr nur den Nachtheil, den Gemeinschuldner noch länger in seiner Erwerbsthätigkeit zu hemmen, die Gläubiger von dem Zugriff auf das neue Vermögen des Gemeinschuldners und Dritte von neuen Geschäften mit demselben fern zu halten. — Zu jedem Zeitpunkt, vor dem Prüfungstermin und vor einer Verwerthung der Masse, kann und muss die Einstellung des Verfahrens erfolgen; eines besonderen Antrages hiezu bedarf es nicht.“ (M.: 437.) Dass in den Motiven die Einstellung auch dann für zulässig erklärt ist, wenn nach Bestreitung der Kosten noch Mittel zur vollständigen oder theilweisen Befriedigung der bevorrechtigten Gläubiger vorhanden sind, steht nicht in Widerspruch mit den Vorschriften des Gesetzes. Es wird hiebei offenbar vorausgesetzt, dass der Verwalter von der ihm durch § 157 eingeräumten Befugniss Gebrauch macht. Reichen die vorhandenen Mittel, falls von einer Durchführung des Verfahrens abgesehen wird, zu einer vollständigen oder theilweisen Befriedigung der bevorrechtigten Konkursgläubiger hin, während bei einer Fortsetzung des Verfahrens auch diese Gläubiger leer ausgehen würden, so ist es vollkommen richtig, dass die nach Berichtigung der bereits vorhandenen Masseschulden und Massekosten übrig bleibenden Mittel zur Befriedigung der bevorrechtigten Gläubiger verwendet werden und dann das Verfahren eingestellt wird. Eine Fortsetzung des Verfahrens würde diese in ungerechtfertigter Weise

schädigen.[1]) Andererseits würde es dem Geiste des Gesetzes widersprechen, wenn das Verfahren eingestellt und die vorhandene Masse dem Gemeinschuldner ausgehändigt würde, ohne dass vorher von der Befugniss des § 157 Gebrauch gemacht oder zunächst eine Abschlagsvertheilung zum Zweck der theilweisen Befriedigung der bevorrechtigten Gläubiger vorgenommen worden ist.

§ 191.

Der Einstellungsbeschluss und der Grund der Einstellung sind öffentlich bekannt zu machen.

Die Vorschriften der §§ 103 Abs. 2, 104, 106 finden entsprechende Anwendung.

§ 192.

Der Gemeinschuldner erhält das Recht zurück, über die Konkursmasse frei zu verfügen.

Die Vorschriften des § 152 finden entsprechende Anwendung.

(E.: §§ 191. 192. M.: 437. 438. K.: 115.)

Da die Einstellung des Verfahrens dieselben Wirkungen hat, wie die Erledigung desselben durch Schlussvertheilung oder Zwangsvergleich (Titel V. und VI.), kommen bezüglich der Bekanntmachung und Mittheilung des Einstellungsbeschlusses sowie der Löschung des Konkursvermerks in den Grund- und Hypothekenbüchern dieselben Bestimmungen zur Anwendung, wie in jenen Fällen. Es ist desshalb im Einzelnen auf die Erläuterungen zu den im Gesetz aufgezählten §§ zu verweisen. „Dass die Rechnungslegung durch den Verwalter zu erfolgen hat, versteht sich von selbst; ebenso die Befriedigung oder Sicherstellung etwaiger Massegläubiger. Eine Fürsorge für Vorrechtsgläubiger kann in beiden Fällen nicht in Frage kommen. Sobald die Einstellung veröffentlicht ist, hören die Wirkungen der Konkurseröffnung von Rechtswegen auf; der Gemeinschuldner erhält das Verfügungsrecht über sein Vermögen zurück und die Gläubiger das Recht freien Zugriffs; die Eintragung festgestellter Forderungen in die Tabelle gewährt den Vollstreckungstitel wie bei einer Aufhebung des Konkurses (§ 152).“ (M.: 438.)

Gegen den Einstellungsbeschluss findet (gemäss § 166 Abs. 3) die sofortige Beschwerde statt, und es kann die Bekanntmachung erst dann erfolgen, wenn die Frist zur Einlegung derselben abgelaufen ist.

[1]) V. hiezu von Sarwey § 190 Bem. 1 S. 704 und von Völderndorff ebendas. Bem. c. Bd. II. S. 561 ff. A. M. ist Hullmann, der (§ 190 S. 340) zur Begründung seiner Ansicht bemerkt, auch die bevorrechtigten Gläubiger hätten ein Recht auf Durchführung des Konkurses, aber übersieht, dass § 157 auch ohne diese das Mittel zur Befriedigung der bevorrechtigten Gläubiger gewährt, welche hienach durch die Fortsetzung des Verfahrens nur Nachtheil erleiden.

Achter Titel.

Besondere Bestimmungen.

(§§ 193—208.)

Vorbemerkungen.

Die in der Theorie und Gesetzgebung hergebrachte Unterscheidung zwischen Universal- und Partikularkonkurs ist der K.-O. fremd. In den Motiven (439 ff.) wurde ausführlich auseinandergesetzt, warum ein besonderes Verfahren überhaupt nicht erforderlich sei, soweit es sich um die Befriedigung von Real-, Lehen- und Bergwerksgläubigern, von Erbschaftsgläubigern oder Gläubigern des Erben, von Gläubigern verschiedener Handlungsniederlassungen u. s. w. handle. Sodann wurde dargelegt, dass auch für solche Konkurse, für welche besondere Vorschriften erforderlich seien, die angeführte Unterscheidung nicht als nothwendig erscheine. „Der Begriff und die Lehre vom Universalkonkurs ist rein theoretisch, ohne jede praktische Bedeutung. Die Theorie ist auch einig darüber, dass ein Partikularkonkurs an sich keine andere Behandlung bedingt, als ein Universalkonkurs. Dieselben Bestimmungen, welche für diesen gelten, finden im Allgemeinen auch auf die sogen. Partikularkonkurse Anwendung und umgekehrt sind einzelne besondere Vorschriften nothwendig sowohl für Fälle eines Universal- wie eines Partikularkonkurses. Die neuere Gesetzgebung hat demgemäss den Begriff des letzteren fallen gelassen. Die K.-O. thut ein Gleiches und reiht den regelmässigen Bestimmungen des zweiten Buchs im achten Titel die Ausnahmsvorschriften an, welche gewisse, besonders geartete Fälle eines Konkursverfahrens erforderlich machen. Es sind dies:

I. das Konkursverfahren über Handelsgesellschaften und Genossenschaften;

II. das Konkursverfahren über einen Nachlass;

III. das Verfahren über das inländische Vermögen eines Ausländers." (M.: 441.)

Von dem Konkurse über Handelsgesellschaften und Genossenschaften wird in den 193—201 gehandelt und zwar beschäftigen sich die §§ 193 und 194 mit dem Konkurs über das Vermögen einer Aktiengesellschaft und die §§ 195—197 mit dem über das Vermögen einer eingetragenen Genossenschaft, während die §§ 198—201 Bestimmungen über den Konkurs einer offenen Handelsgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien enthalten. Die §§ 202—206 handeln von dem Konkurs über einen Nachlass und die §§ 207 und 208 geben Vorschriften für den Fall, dass ein Schuldner, über dessen Vermögen im Auslande der Konkurs eröffnet worden ist, oder der im Deutschen Reiche keinen allgemeinen Gerichtsstand hat, im Inland Vermögen besitzt.

§ 193.

Ueber das Vermögen einer Aktiengesellschaft findet das Konkursverfahren ausser dem Falle der Zahlungsunfähigkeit in dem Falle der Ueberschuldung statt.

Nach Auflösung einer Aktiengesellschaft ist die Eröffnung des Verfahrens so lange zulässig, als die Vertheilung des Vermögens nicht vollzogen ist.

§ 194.

Zu dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens ist ausser den Konkursgläubigern jedes Mitglied des Vorstandes und jeder Liquidator berechtigt.

Wird der Antrag nicht von allen Mitgliedern des Vorstandes oder allen Liquidatoren gestellt, so ist derselbe zuzulassen, wenn die Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung glaubhaft gemacht wird. Das Gericht hat die übrigen Mitglieder oder Liquidatoren nach Massgabe des § 97 Abs. 2, 3 zu hören.

(E.: §§ 193. 194. M.: 441—445. K.: 117. 118 und 187—190; pr. K.-O. §§ 281—285, 325.)

1.

Die Vorschriften der §§ 193 und 194 finden auf alle Aktiengesellschaften (Art. 207—248 H.-G.-B.) und nach § 6 E.-G. auch auf die Vereine und registrirten Gesellschaften Anwendung, welche auf Grund der bayerischen Gesetze vom 29. April 1869 bestehen. Auch für Eisenbahn-Aktiengesellschaften gelten nur diese Vorschriften. In der Reichstagskommission wurde zwar von Kochann der Antrag gestellt, in dieser Beziehung der Landesgesetzgebung die Befugniss zum Erlass besonderer Bestimmungen vorzubehalten. Der Antrag wurde aber abgelehnt, nachdem Regierungsrath Hagens sich dagegen erklärt hatte. Dieser bemerkte, wenn überhaupt eine Regelung im Wege der Gesetzgebung erfolgen solle, müsse die Abhülfe nicht durch die Landes- sondern durch die Reichsgesetzgebung getroffen werden; auch würden Bestimmungen in der K.-O. nichts nützen, wenn nicht gleichzeitig auch wegen der Einzelexekution Vorschriften getroffen würden; übrigens könnten ähnliche Schwierigkeiten wie bei der Verwaltung einer bankerotten Eisenbahn auch bei Konkursen über andere industrielle Unternehmungen von grossem Umfange eintreten. (K.: 187—190.)

Soweit die §§ 193 und 194 besondere Vorschriften nicht enthalten, kommen auch bezüglich der Konkurse von Aktiengesellschaften die allgemeinen Bestimmungen der K.-O. zur Anwendung. Insbesondere ist ein Zwangsvergleich nicht wie nach der pr. K.-O. (§ 285) ausgeschlossen. (M.: 443.)

2.

Dass § 193 Abs. 1 die Eröffnung des Konkurses auch dann gestattet, wenn keine Zahlungsunfähigkeit wohl aber eine Ueberschuldung vorliegt, wurde

in den Motiven (441 ff.) damit gerechtfertigt, dass hier die Gläubiger ausschliesslich auf das Vermögen der Gesellschaft angewiesen und desshalb bei eingetretener Ueberschuldung, welche vermöge der Veröffentlichung der Bilanzen (Art. 239 und 239a H.-G.-B.) leicht nachzuweisen sei, nicht darauf verwiesen werden dürften, abzuwarten, bis auch eine Zahlungsunfähigkeit ausbreche. Ausserdem wurde hervorgehoben, es liege auch im Interesse der Aktionäre und Angesichts des Verkehres, der mit den Aktien getrieben werde, im Interesse des Gemeinwohls, dass einer fortschreitenden Untergrabung der Gesellschaft Einhalt gethan werden könne. (V. auch die Art. 240 und 249a. des H.-G.-B.)

Bezüglich der Bestimmung des § 193 Abs. 2 wurde in den Motiven (442) bemerkt: „Durch Eröffnung des Konkurses wird die Aktiengesellschaft aufgelöst. (H.-G.-B. Art. 242 Nr. 3.) Nach den Vorschriften des Handelsgesetzbuches wirkt aber sowenig diese Auflösung, wie eine sonstige vorher erfolgte Auflösung der Gesellschaft auf die Regelung der bestehenden Rechts- und Schuldverhältnisse ein; nur die produktive Seite der Gesellschaft findet ihr Ende; die Selbständigkeit des Vermögens, welche der Aktiengesellschaft ihre rechtliche Existenz verleiht, bleibt aufrecht bis zur vollzogenen Vertheilung des Vermögens unter die Aktionäre nach der Liquidation des Vermögens und Tilgung der Schulden. (Art. 244, 245, 144 H.-G.-B.) Auch nach eingetretener Auflösung und Liquidation kann daher eine Zahlungsunfähigkeit ausbrechen und eine Zahlungseinstellung erfolgen. In diesem Falle, wie in dem Falle der Ueberschuldung muss trotz der Auflösung die Eröffnung des Konkurses stattfinden können, solange bis die Vertheilung des Vermögens vollzogen, solange es noch möglich ist, eine Theilungsmasse zu konstituiren. Wann und wodurch im einzelnen Fall die Vertheilung als vollzogen zu gelten hat, ist sowohl eine Thatfrage, wie eine nach den Vorschriften des H.-G.-B. zu beantwortende Rechtsfrage."

3.

Die Eröffnung des Konkurses kann, auch soweit es sich um eine Aktiengesellschaft handelt, nicht von Amtswegen erfolgen. Da der Konkursantrag nicht als eine Rechtshandlung aufzufassen ist, welche die Geschäftsführung der bestehenden Gesellschaft betrifft, oder bei schwebender Liquidation ein einzelnes Liquidationsgeschäft zum Gegenstand hat, wurden jedoch zum Antrage nicht bloss die zur Zeichnung befugten Mitglieder des Vorstands zugelassen und ebensowenig die erklärte Uebereinstimmung aller Vorstandsmitglieder und Liquidatoren gefordert. Vielmehr steht jedem einzelnen Vorstandsmitglied oder Liquidator das Recht zu, die Konkurseröffnung zu beantragen. Während eine Glaubhaftmachung der Zahlungsunfähigkeit bezw. Ueberschuldung in Uebereinstimmung mit § 96 nicht verlangt wird, wenn sämmtliche Vorstandsmitglieder oder Liquidatoren die Konkurseröffnung beantragen, ist aber diese Glaubhaftmachung vorgeschrieben, wenn der Antrag nur von einem Theile dieser Personen ausgeht. Es wird dann ebenso verfahren, wie wenn der Antrag von einem Gläubiger gestellt worden wäre, und müssen desshalb die nicht bei dem Antrag betheiligten Vorstandsmitglieder bezw. Liquidatoren gemäss § 97 gehört werden. Die Fassung des § wurde auch hier durch die Reichstagskommission geändert, um deutlich hervor-

treten zu lassen, dass die Glaubhaftmachung nur die **Zulassung** des Antrags rechtfertige, einen weiteren Nachweis zum Zwecke der Begründung desselben aber nicht entbehrlich mache. (K.: 118; Bem. 3 zu §§ 95 ff.) Dass hinsichtlich der Befugniss der Gläubiger, die Konkurseröffnung zu beantragen, die allgemeinen Bestimmungen der K.-O. (§§ 95 und 97) zur Anwendung kommen, ergibt sich aus der klaren Fassung des Gesetzes und wurde auch in der Reichstagskommission (118) von Regierungsrath Hagens bestätigt.

4.

Bezüglich der Frage, in welcher Weise die Vorschriften der K.-O. über die Verpflichtungen des Gemeinschuldners zur Anwendung zu bringen seien, wurde in den Motiven (443) gesagt: „Soweit in dem Konkurse die Gesellschaft als Gemeinschuldnerin zu vertreten ist, geschieht die Vertretung durch die bisherigen Vorstandsmitglieder, oder wenn eine Liquidation vorangegangen und also die Funktion des Vorstandes auch formell erloschen war, durch die Liquidatoren. Jeder von ihnen hat die einem Gemeinschuldner während des Verfahrens obliegenden Pflichten zu erfüllen. Dies auszusprechen, wird durch die Vorschriften des H.-G.-B. (Art. 227, 244, 144) und dem aus ihnen entwickelten Grundsatz erübrigt." In der Reichstagskommission regte Goldschmidt die Frage an, ob es sich nicht empfehle, den in den Motiven ausgesprochenen Satz in das Gesetz selbst aufzunehmen. Darauf erwiderte aber Regierungsrath Hagens: „Die Aufnahme dieses Satzes sei aus demselben Grunde unterblieben, aus welchem die bei der Berathung des § 14 zur Sprache gekommene Streichung des § 19 der Gemeinschuld-Ordnung erfolgt sei.[1]) Unzweifelhaft hätten, wie der Erbe an Stelle des Erblassers, so auch die Vorsteher, beziehungsweise Liquidatoren an Stelle der falliten Gesellschaft die Verpflichtungen, welche das Gesetz einem Gemeinschuldner auferlege, zu erfüllen und zwar jeder Vorsteher und jeder Liquidator, denn es seien hier Akte der Geschäftsführung oder der Liquidation nicht in Frage. Es sei aber bedenklich, ganz allgemein alle Vorschriften, welche für den Gemeinschuldner bestehen, auch auf solche Personen, die eigentlich nur Stellvertreter des Gemeinschuldners seien, für anwendbar zu erklären. Beispielsweise glaube er nicht, dass die Vorschrift in § 93 Abs. 1 auf Vorstandsmitglieder und Liquidatoren unbedingt anzuwenden sein würde. Hinsichtlich der Bestimmung in § 93 Abs. 2 sei er für seine Person der entgegengesetzten Ansicht. Auch fügte der Geh. Oberjustizrath Hertz noch bei: „Schon bei der Berathung der Gemeinschuld-Ordnung habe man vielfache aber vergebliche Versuche gemacht, eine geeignete Formulirung zu finden. Der Richter werde voraussetzlich auf Grund der Vorschriften des H.-G.-B., bezw. der K.-O. in der Lage sein, in jedem einzelnen Falle das Richtige zu treffen." (K.: 117, 118.) In Allgemeinen muss der in den Motiven enthaltenen Auffassung zugestimmt werden. Insbesondere ist jedes Vorstandsmitglied und

[1]) In § 19 des Entwurfs zu einer Gemeinschuld-Ordnung war gesagt: „Wenn der Gemeinschuldner während des Gemeinschuldverfahrens stirbt oder wenn ein solches über einen Nachlass eröffnet wird, so finden die Vorschriften dieses Gesetzes über das Verhältniss des Gemeinschuldners zur Gemeinmasse auf den Erben Anwendung.

jeder Liquidator als verpflichtet anzusehen, gemäss § 92 über die das Verfahren betreffenden Verhältnisse Auskunft zu geben, und kann hiezu nach § 93 Abs. 2 zwangsweise angehalten werden. Ist dies richtig, so ist aber auch die von Regierungsrath Hagens gemachte Unterscheidung unzutreffend und lässt sich die Verpflichtung der Vorstandsmitglieder und Liquidatoren, sich von ihrem Wohnort nur mit Erlaubniss des Gerichts zu entfernen, nicht bestreiten. Die Vorschrift des § 93 Abs. 1 hat hauptsächlich in der des § 92 ihren Grund, deren Durchführung sie sichert (Bem. 2 zu §§ 92 ff.), und ohne sie könnte sich ein Mitglied des Vorstands der Verpflichtung zur Auskunftsertheilung willkürlich entziehen. Soweit es sich nicht um diese Verpflichtungen, sondern um Ausübung der dem Gemeinschuldner zustehenden Rechte, also um die Geschäftsführung für die Gesellschaft handelt, kommen die allgemeinen Grundsätze über die Vertretungsbefugniss der Vorstandsmitglieder oder Liquidatoren (Art. 136, 227 und 229 H.-G.-B.) zur Anwendung. Soweit nichts Anderes bestimmt ist, können hienach Rechtshandlungen, welche den Gemeinschuldner verpflichten, insbesondere Anerkennungen, von den vorhandenen Vertretern nur in Gemeinschaft vorgenommen werden. Auch soweit es sich um ausdrückliche Bestreitung einer von dem Verwalter und den Konkursgläubigern anerkannten Forderung handelt, wird die Uebereinstimmung sämmtlicher Vertreter erforderlich sein.

§ 195.

Ueber das Vermögen einer eingetragenen Genossenschaft findet das Konkursverfahren ausser dem Falle der Zahlungsunfähigkeit in dem Falle des § 48 des Gesetzes, betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschafts-Genossenschaften, vom 4. Juli 1868 statt.

Die Vorschriften der §§ 193 Abs. 2, 194 finden entsprechende Anwendung.

§ 196.

Die Genossenschaft wird durch den Vorstand oder die Liquidatoren vertreten.

Ein Zwangsvergleich findet nicht statt.

§ 197.

Nach der Aufhebung des Konkursverfahrens sind die Konkursgläubiger, deren Forderungen festgestellt worden sind, berechtigt, wegen des in dem Verfahren erlittenen Ausfalls, einschliesslich der Zinsen und Kosten, die einzelnen

ihnen solidarisch haftenden Genossenschafter in Anspruch zu nehmen. Den letzteren stehen Einwendungen nur gegen solche Forderungen zu, welche von dem Vorstande oder den Liquidatoren im Prüfungstermine ausdrücklich bestritten worden sind.

(E.: §§ 195—197. M.: 445. 446. K.: 118—120. 190.)

1.

Das Reichsgesetz vom 4. Juli 1868 (Bundesgesetzblatt S. 415) enthält in den §§ 40 ff. eingehende Bestimmungen über die Liquidation der eingetragenen Genossenschaften und darunter in den §§ 48 und 51 auch solche für den Fall des Konkurses, welche durch § 3 des E.-G. beseitigt worden sind. Bei Aufstellung der K.-O. ging man von der Auffassung aus, dass es möglichst vermieden werden müsse, das junge Reichsgesetz schon wieder zu ändern, zumal praktische Erfahrungen noch nicht in genügendem Maasse bekannt geworden seien. Es wurde desshalb zwar die Vorschrift des § 48 über die Zuständigkeit der Handelsgerichte, welche durch § 64 K.-O. ersetzt wird, auch materiell beseitigt, dagegen der Inhalt des aufgehobenen § 51 im Wesentlichen in die §§ 195—197 K.-O. aufgenommen. Hiebei wurde es für überflüssig gehalten, dem Satze, dass der Eröffnungsbeschluss die Namen der einzelnen Genossenschafter nicht zu enthalten habe, im Gesetze besonderen Ausdruck zu geben und ebenso glaubte man mit Rücksicht auf die Natur der eingetragenen Genossenschaft und die gleiche Behandlung der offenen Handelsgesellschaft von der ausdrücklichen Aufstellung des Satzes absehen zu dürfen, dass der Konkurs über das Genossenschaftsvermögen denjenigen über das Privatvermögen der einzelnen Genossenschafter nicht zur nothwendigen Folge habe. (M.: 446.) In der Reichstagskommission regte zwar Goldschmidt die Frage an, ob es nicht im Interesse der Deutlichkeit als zweckmässig erscheine, die beiden Sätze in das Gesetz aufzunehmen oder im E.-G. von der Aufhebung auszuschliessen. Derselbe verfolgte jedoch seinen Antrag nicht weiter, nachdem die Regierungskommissare denselben für entbehrlich erklärt hatten. Von Regierungsrath Hagens war insbesondere bemerkt worden, die betr. Vorschriften seien lediglich mit Rücksicht auf die Bestimmungen der pr. K.-O. über den Konkurs von Handelsgesellschaften in das Genossenschaftsgesetz aufgenommen worden, um die Anwendung dieser Vorschriften auf Genossenschaften auszuschliessen; da die in Frage stehenden Bestimmungen der pr. K.-O. beseitigt würden, sei es aber ganz ungeeignet, solche selbstverständliche Vorschriften zu treffen. (K.: 118, 119.)

2.

„Nach dem Genossenschaftsgesetz (§§ 51, 48) wurde über das Vermögen der Genossenschaft der Konkurs eröffnet: 1. wenn die Genossenschaft vor ihrer Auflösung oder nach derselben bei stattfindender Liquidation ihre Zahlungen einstellt und 2. wenn bei einer Liquidation der Genossenschaft sich Insuffizienz herausstellt und dieselbe nicht in einer achttägigen Frist von den Genossenschaftern

baar gedeckt wird. Die K.-O. betrachtet die Zahlungseinstellung nur als einen Akt der Zahlungsunfähigkeit; insofern war die Ausdrucksweise des § 51 zu ändern; im übrigen nimmt § 195 Abs. 1 die Vorausetzungen für die Konkurseröffnung unverändert auf. Die Ueberschuldung ist sonach ein Eröffnungsgrund nur im Falle der Liquidation einer aufgelösten Genossenschaft und des fruchtlosen Ablaufs der in § 48 des Gesetzes bestimmten Frist. Vor Auflösung einer Genossenschaft bleibt nach der Regel des § 94 die Zahlungunfähigkeit als die alleinige Voraussetzung bestehen. Solange die Genossenschaft ihre Aufgaben erfüllt, tritt das Vermögen derselben hinter ihren Kredit zurück und dieser beruht überwiegend auf der solidarischen Haftpflicht der einzelnen Genossenschafter. Darum fehlt der für die Aktiengesellschaften in § 193 Abs. 1 allgemein zugelassenen Ausnahme hier der Boden. Dagegen findet (nach § 195 Abs. 2) über die Frage, wielange nach Auflösung der Genossenschaft eine Konkurseröffnung möglich ist, der § 193 Abs. 2 und betreffs der Legitimation zum Konkursantrag und des Eröffnungsverfahrens § 194 gleichermassen Anwendung." (M.: 445.)

3.

Dass in § 196 Abs. 1 (ebenso wie in § 51 Abs. 3 des Gen.-Ges.) ausdrücklich gesagt wird, die Genossenschaft werde im Konkurs durch die Mitglieder des Vorstandes oder die Liquidatoren vertreten, hat darin seinen Grund, dass neben der Genossenschaft als solcher den Konkursgläubigern noch die einzelnen Genossenschafter subsidiär haften, und die Wirkungen des Konkurses über die Dauer desselben hinaus sich auf diese erstrecken. „Auch die Rechte der Genossenschafter sind daher von den Vorstehern und Liquidatoren wahrzunehmen." (M.: 445.) Der Zusatz des Genossenschaftsgesetzes, dass die Vertreter der Genossenschaft zum persönlichen Erscheinen und zur Auskunftertheilung verpflichtet seien, wurde mit Rücksicht auf die allgemeine Vorschrift des § 92 als entbehrlich angesehen. (Bem. 4 zu §§ 193 ff.)

Dass ein Zwangsvergleich nach § 196 Abs. 2 unter Abweichung von den Bestimmungen über die Aktiengesellschaft ausgeschlossen ist, wurde in den Motiven (446) ausführlich gerechtfertigt und hat seinen Grund hauptsächlich darin, dass die Genossenschafter bürgschaftsmässig für die Verbindlichkeiten der Genossenschaft haften und diese Verhaftung vom Zwangsvergleich jedenfalls unberührt bleiben müsste, derselbe sonach weder für die Konkursgläubiger noch für die Genossenschafter erheblichen Vortheil haben könnte.

4.

„§ 197 spricht den Umfang der Haftpflicht der Genossenschafter in Anlehnung an § 52 K.-O. und an § 51 Abs. 3, 5 und 6 des Genossenschaftsgesetzes aus. Das Umlageverfahren, welches die §§ 52—58 dieses Gesetzes regeln, bleibt von dem Konkursverfahren selbst unberührt; es findet ausserhalb desselben statt." (M.: 446.) In der Reichstagskommission wurde als § 197a. noch eine Vorschrift beschlossen, nach welcher die Verjährung zu Gunsten eines ausgeschiedenen oder ausgeschlossenen Genossenschafters auch durch Rechtshandlungen gegen die Konkursmasse unterbrochen wird. Diese Bestimmung wurde aber dann in das E.-G. (§ 3 Abs. 3) verwiesen. (K.: 119—120 und 190.)

§ 198.

Im Falle der Zahlungsunfähigkeit einer offenen Handelsgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien findet über das Gesellschaftsvermögen ein selbständiges Konkursverfahren statt.

Die Vorschrift des § 193 Abs. 2 findet entsprechende Anwendung.

§ 199.

Zu dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens ist ausser den Konkursgläubigern jeder persönlich haftende Gesellschafter und jeder Liquidator berechtigt.

Wird der Antrag nicht von allen persönlich haftenden Gesellschaftern oder allen Liquidatoren gestellt, so ist derselbe zuzulassen, wenn die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft glaubhaft gemacht wird. Das Gericht hat die übrigen persönlich haftenden Gesellschafter oder Liquidatoren nach Massgabe des § 97 Abs. 2, 3 zu hören.

§ 200.

Ein Zwangsvergleich kann nur auf den Vorschlag aller persönlich haftenden Gesellschafter geschlossen werden.

Der Zwangsvergleich begrenzt, soweit er nicht ein Anderes festsetzt, zugleich den Umfang der solidarischen Haftung der persönlich haftenden Gesellschafter mit ihrem sonstigen Vermögen.

§ 201.

Wenn Gesellschaftsgläubiger in einem über das Privatvermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters eröffneten Konkursverfahren ihre Befriedigung wegen des Ausfalls suchen, welchen sie in dem Konkursverfahren über das Gesellschaftsvermögen erleiden, so sind bei den Vertheilungen die Antheile auf den vollen Betrag der Gesellschaftsforderungen zurückzubehalten, bis der Ausfall bei dem Gesellschaftsvermögen feststeht.

Im Uebrigen finden auf die vorstehend bezeichneten Forderungen die Vorschriften der §§ 57, 88 entsprechende Anwendung.

(E.: §§ 198—201. M.: 447—452. K.: 120—125. 190—196; pr. K.-O. §§ 286—291.)

1.

„Mag eine offene Handelsgesellschaft, eine Kommanditgesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien den Charakter einer juristischen Person haben oder nicht — nach den Bestimmungen des H.-G.-B. steht fest, dass über das Gesellschaftsvermögen ein selbständiges Konkursverfahren zugelassen werden musste. Insbesondere ist es Art. 122 H.-G.-B., welcher die Grundlage für die Regelung desselben bildet; nach dem Eingang desselben können nur die Gesellschaftsgläubiger, nicht auch die Privatgläubiger einer Gesellschaft sich an diesem Verfahren betheiligen. Indem die K.-O. die Zulassung des Gesellschaftskonkurses in § 198 Abs. 1 an die Spitze ihrer Vorschriften stellt, belässt sie es in Ansehung der Voraussetzung für die Konkurseröffnung bei der allgemeinen Regel des § 94, von der abzuweichen nicht der geringste Grund vorlag." (M.: 447.) Es genügt hienach nicht, wie bei der Aktiengesellschaft eine blosse Ueberschuldung, sondern wird Zahlungsunfähigkeit vorausgesetzt. Handelt es sich um eine aufgelöste Gesellschaft, so dauert die Zulässigkeit des Konkurses nach § 198 Abs. 2 übrigens wie bei der Aktiengesellschaft bis zur beendigten Vertheilung des Gesellschaftsvermögens. (Bem. 2 zu §§ 193 ff.)

„Dass für das Konkursverfahren dasjenige Amtsgericht ausschliesslich zuständig ist, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat (H.-G.-B. Art. 111 Abs. 2, 86, 144, 164 Abs. 2, 151, 176, 172) kann, auch wenn mehrere Niederlassungen bestehen, nach den eben zitirten Vorschriften des H.-G.-B., nach § 19 C.-P.-O. und § 64 K.-O. nicht bezweifelt werden." (M.: 447.)

Das System der pr. K.-O., nach deren § 287 zugleich mit dem Konkurs über das Gesellschaftsvermögen auch der Konkurs über das Privatvermögen jedes persönlich haftenden Gesellschafters eröffnet werden musste, wurde in der K.-O. aufgegeben. Dies wurde in den Motiven (449 ff.) ausführlich begründet, und insbesondere geltend gemacht, es werde zwar in den weitaus meisten Fällen eine Gesellschaft ihre Zahlungen nicht eher einstellen, bis auch die einzelnen Gesellschafter nicht mehr im Stande seien, derselben mit ihrem Privatvermögen zu Hülfe zu kommen, aber nothwendig sei dies keineswegs. Auch sei es nicht zu rechtfertigen, dass ein zahlungsfähiger Gesellschafter, der den Konkurs über das Gesellschaftsvermögen selbst wünsche, um nicht noch tiefer mit seinem Privatvermögen in den Verfall der Gesellschaft hineingezogen zu werden, durch die Androhung des Konkurses über sein Privatvermögen genöthigt werde, mittelst weiterer Opfer die Zahlungseinstellung der Gesellschaft zu verhindern. „Ueber das Privatvermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters soll die Konkurseröffnung nur dann stattfinden, wenn gegen ihn die allgemeinen Voraussetzungen der §§ 94, 95 — Zahlungsunfähigkeit und Antrag — vorhanden sind." (M.: 451.)

2.

Die Vorschriften des § 199 entsprechen denjenigen des § 194, nur sind hier an die Stelle der Vorstandsmitglieder die persönlich haftenden Gesellschafter getreten. „Der Kommanditist hat, abgesehen von dem Falle einer vorangegangenen Liquidation und seiner Bestellung zum Liquidator, in seiner Eigenschaft als Kommanditist nicht das Recht, die Konkurseröffnung zu beantragen und dadurch die Auflösung der Gesellschaft unmittelbar zu bewirken; auch er ist zwar befugt, nach Massgabe der Art. 123—125 H.-G.-B. die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen (Art. 170, 200) aber nur in den dort festgesetzten, die Gesellschafter schützenden Fällen und Formen.“ (M.: 447.) In der Reichstagskommission stellte Goldschmidt einen Antrag, nach welchem bei der einfachen Kommanditgesellschaft auch dem Kommanditisten, bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien auch der Generalversammlung und dem Aufsichtsrath das Recht zustehen sollte, die Konkurseröffnung zu beantragen. Dieser Antrag wurde aber abgelehnt. (K.: 120—122.)

3.

Durch § 200 werden die Personen bezeichnet, mit welchen die Gläubiger einen Zwangsvergleich abzuschliessen haben, und wird sodann der Inhalt des Vergleichs mit Rücksicht auf die persönliche Haftung der Gesellschafter bestimmt. Hiebei war die Auffassung massgebend, dass der Gegenstand eines Zwangsvergleichs nicht auf die Befriedigung der Gläubiger aus der Konkursmasse zu beschränken sei, vielmehr die umfassende Befriedigung der Gläubiger auch aus dem sonst dem Gemeinschuldner gehörigen oder dem später erworbenen Vermögen zum Gegenstand haben müsse. (Vorbem. 2 zu Titel VI. und Bem. I. zu §§ 178 ff.) „Dieser Gesichtspunkt ist in einem Gesellschaftskonkurs vornehmlich zutreffend. Für die persönlich haftenden Gesellschafter und mittelbar für die Gesellschaftsgläubiger würde ein Zwangsvergleich nahezu werthlos sein, wenn die Gesellschafter neben der Vergleichsquote kraft des Gesetzes für den Rest der Gesellschaftsforderungen mit ihrem Privatvermögen verhaftet blieben. Der Vergleich kann mit den nach Zahl und Person bestimmten Gesellschaftern und muss mit ihnen zugleich über ihre persönliche Haftpflicht geschlossen werden, dergestalt, dass die Gesellschaftsgläubiger gegen Jeden von ihnen fortan nur die Akkordforderungen zu verlangen haben. Vorbehalten bleibt die Freiheit des Vertragswillens, der Vergleich kann ein Anderes überhaupt oder betreffs einzelner Gesellschafter festsetzen. Bei diesem Standpunkt muss der Vergleichsvorschlag folglich von allen persönlich haftenden Gesellschaftern gemeinschaftlich ausgehen. Der Zustimmung eines Kommanditisten hingegen bedarf es nicht. Thatsächlich wird meist das Interesse der Kommanditisten mit dem der Komplementäre zusammenfallen und dem Vergleichsabschlusse meist eine Einigung dieser mit jenen, namentlich bei einer Kommanditgesellschaft auf Aktien mit einer Generalversammlung der Aktionäre oder dem Aufsichtsrathe vorhergehen. Rechtlich kann es darauf nicht ankommen.“ (M.: 448.) Daraus, dass die Kommanditisten bei dem Abschluss des Zwangsvergleichs nicht mitzuwirken haben, ergab sich von selbst, dass im Falle der Konkurseröffnung über eine in Liquidation begriffene Gesellschaft auch

die Liquidatoren nicht zum Abschluss neben den persönlich haftenden Gesellschaftern heranzuziehen waren.

4.

Durch § 201 wird die Ausführung des Art. 122 H.-G.-B. geregelt, nach welchem die Gesellschaftsgläubiger aus dem Privatvermögen der Gesellschafter ihre Befriedigung nur wegen des Ausfalls suchen dürfen, den sie bei der Vertheilung des Gesellschaftsvermögens erlitten haben. Hiebei stehen die Gesellschaftsgläubiger den Privatgläubigern ganz gleich und es haben diese bezüglich des Privatvermögens kein Vorrecht zu beanspruchen.[1]) Der in diesem Artikel zu Gunsten der Landesgesetzgebung gemachte Vorbehalt hat durch die K.-O. seine Kraft verloren, und es sind die landesgesetzlichen Vorschriften, welche den Privatgläubigern der Gesellschafter ein Absonderungsrecht einräumen, als aufgehoben anzusehen. In der Reichstagskommission wurde von Hullmann zwar der Antrag gestellt, den § 201 dahin abzuändern, dass im Konkurse der einzelnen Gesellschafter die Privatgläubiger den Gesellschaftsgläubigern vorzugehen hätten. Dieser Antrag wurde jedoch wiederholt abgelehnt. (K.: 122—125 und 190—196.) Das Reichsoberhandelsgericht hat in einem Erkenntniss vom 22. Mai 1875 (Entscheid. Bd. XVII. Nr. 62 S. 284 ff.) den Art. 122 H.-G.-B. dahin ausgelegt, dass den Gläubigern die Pflicht obliege, ihre Befriedigung zunächst aus dem Gesellschaftsvormögen zu suchen und dass sie im Konkurse über das Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter nur denjenigen Betrag zu erhalten hätten, welchen sie im Gesellschaftskonkurs nicht hätten erhalten können, wogegen sie hier nicht dasjenige beanspruchen könnten, was ihnen zufolge eingenen Verschuldens aus dem Gesellschaftskonkurse nicht zu Theil geworden sei. Im Gegensatz zu dieser Auffassung wurde in der Reichstagskommission von Regierungsrath Hagens ausgeführt, unter dem „Ausfall“ sei derjenige Betrag zu verstehen, welchen der Gesellschaftsgläubiger — gleichviel aus welchem Grunde — thatsächlich nicht erhalten habe, und es liege hienach ein „Ausfall“ auch dann vor, wenn der Gesellschaftsgläubiger es unterlassen habe, am Gesellschaftskonkurse 'theilzunehmen. (K.: 191, 192.) Auch wurde, um dieser Auffassung im Gesetz Ausdruck zu verschaffen, zufolge eines Antrags von Websky, den später von Vahl aufnahm, in Abs. 2 des § die entsprechende Anwendung des § 57 vorgeschrieben. Dadurch ist festgestellt, dass der Gesellschaftsgläubiger seine Forderung auch dann im Konkurs über das Privatvermögen eines Gesellschafters geltend machen kann, wenn er auf deren Anmeldung im Gesellschaftskonkurs ganz verzichtet hat. (K.: 190—196.) Aus dieser Vorschrift darf übrigens nicht geschlossen werden, dass es sich hier um ein wirkliches Absonderungsrecht handelt. Von einem solchen kann schon desshalb nicht die Rede sein, weil das Gesellschafts-

[1]) § 122 H.-G.-B. lautet: Im Falle des Konkurses der Gesellschaft werden die Gläubiger derselben aus dem Gesellschaftsvermögen befriedigt und können aus dem Privatvermögen der Gesellschafter nur wegen des Ausfalls ihre Befriedigung suchen; den Landesgesetzen bleibt vorbehalten, zu bestimmen, ob und inwieweit den Privatgläubigern der Gesellschafter ein Absonderungsrecht in Bezug auf das Privatvermögen derselben zusteht.“

vermögen nicht einen Bestandtheil des Privatvermögens der Gesellschafter bildet. Es gelten aber auch im Uebrigen andere Grundsätze als bei der Geltendmachung eines Absonderungsrechts. Der Gesellschaftsgläubiger kann seine Forderung, ohne dass es einer Glaubhaftmachung des muthmasslichen Ausfalls bedarf, ihrem ganzen Betrage nach im Konkurs über das Privatvermögen, wie in dem über das Gesellschaftsvermögen, anmelden, und es wird auch die Dividende nach dem vollen Betrag der Forderung berechnet. Es darf jedoch nicht mehr als „der Ausfall" an den Gläubiger bezahlt werden, weil er sonst mehr als er zu fordern hat, erhalten würde. Desshalb wird die Dividende zurückgehalten, bis feststeht, welchen Betrag der Ausfall erreicht. Diese Zurückhaltung dauert auch dann fort, wenn die Schlussvertheilung stattgefunden hat, während die für den Absonderungsberechtigten zurückbehaltenen Beträge nach § 144 für die Schlussvertheilung frei werden, wenn den Voraussetzungen des § 141 Abs. 1 nicht genügt ist. (V. auch M.: 451, 452.)

§ 202.

II. Für das Konkursverfahren über einen Nachlass ist das Amtsgericht ausschliesslich zuständig, bei welchem der Erblasser zur Zeit seines Todes den allgemeinen Gerichtsstand gehabt hat.

§ 203.

Die Eröffnung des Verfahrens setzt die Ueberschuldung des Nachlasses voraus.

§ 204.

Die Eröffnung des Verfahrens wird nicht dadurch gehindert, dass der Erbe noch eine Ueberlegungsfrist hat.

§ 205.

Zu dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens ist jeder Erbe oder Vertreter des Nachlasses und jeder Nachlassgläubiger berechtigt.

Wird der Antrag nicht von allen Erben oder Nachlassvertretern gestellt, so ist derselbe zuzulassen, wenn die Ueberschuldung glaubhaft gemacht wird. Das Gericht hat die übrigen Erben oder Nachlassvertreter nach Massgabe des § 97 Abs. 2, 3 zu hören.

§ 206.

Ein Zwangsvergleich kann nur auf den Vorschlag aller Erben oder Nachlassvertreter geschlossen werden.

(E.: §§ 202—206. M.: 452—456. K.: 125; pr. K.-O. §§ 319 bis 324. 114 Nr. 2; 326. 335 Abs. 2, 338. 357.)

1.
Konkursverfahren über einen Nachlass. Allgemeine Bemerkungen. Zuständigkeit.

(§ 202.)

Bezüglich des § 202 wurde in den Motiven (452) bemerkt:

„Ueber einen Nachlass kann in den beiden Fällen ein Konkursverfahren stattfinden, dass ein Erbe noch fehlt, oder dass die Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars erworben ist. Aus der Zulassung eines Nachlasskonkurses darf indessen ebensowenig wie bei den Gesellschaftskonkursen gefolgert werden, dass der Entwurf den Nachlass als juristische Person auffasse. Auch der erblose Nachlass hat oder findet seinen Herrn, und der Benefizialerbe ist, wenngleich er die Pflichten eines Verwalters haben mag, Eigenthümer des Nachlasses. Die Trennung aber, welche alle Rechtssysteme zwischen dem Nachlasse und dem Vermögen des noch unbekannten oder des Benefizialerben, sowie zwischen den Nachlassgläubigern und den Gläubigern des Erben aufstellen, ist so durchgreifend, dass es sich vollkommen rechtfertigt, den Nachlass als selbstständiges Vermögensganze und dessen bisherigen Träger als Gemeinschuldner zu behandeln. Der Nachlasskonkurs muss demzufolge auf den Namen des Erblassers und in dem Gerichtsstande der Erbschaft (C.-P.-O. § 28) eröffnet werden.[1]) Das Konkursverfahren wird in der Regel den ganzen Nachlass zum Gegenstand haben, auch wenn mehrere Erben vorhanden sind. Sofern jedoch letzteren Falles der Nachlass kraft des Gesetzes in verschiedene Erbtheile zerfällt oder zufolge Auseinandersetzung der Miterben getheilt ist, so kann ein Konkursverfahren auch über den Erbtheil eines unbekannten oder eines mit der Rechts-

[1]) Von Völderndorff bekämpft (§§ 202 ff. Bem. a. II. S. 602) die in den Motiven enthaltenen Ausführungen, und sagt, das Verfahren könne nicht gegen den Erblasser als Gemeinschuldner und nicht auf dessen Namen gehen. Er hat insofern Recht, als in der Eröffnungsformel nicht bloss der Name des Erblassers genannt werden darf, sondern gesagt werden muss, dass über den Nachlass desselben der Konkurs eröffnet wird. Aber anders wird dies sicher auch in den Motiven nicht verstanden, die bloss die Annahme zurückweisen wollen, dass der Nachlass eine juristische Person bilden oder der Erbe als Gemeinschuldner gelten soll. Dass der in § 5 geregelte Verlust der Verfügungsbefugniss nicht den Verstorbenen, sondern nur den Benefizialerben oder Nachlassvertreter trifft, ändert daran nichts, dass im Eröffnungsbeschluss nur der Name des Erblassers zu erwähnen und über dessen Vermögen, bezw. Nachlass der Konkurs zu eröffnen ist. Das Gericht hat diese Verlustigung überhaupt nicht auszusprechen, also auch nicht auf einen bestimmten Namen zu stellen, sondern es tritt dieselbe von Rechtswegen im Augenblick der Eröffnung ein. (Bem. I. 2 zu § 5.)

wohlthat erbenden Miterben stattfinden, vorausgesetzt, dass der Erbtheil im Verhältniss zu den Antheilen der anderen Miterben und im Verhältniss zu dem eigenen Vermögen des Erben ein rechtlich getrenntes, selbständiges Vermögen bildet. Ueber diese Voraussetzungen entscheidet das Civilrecht. Die Konkurs-Ordnung hat sich nur mit den Voraussetzungen des Konkursanspruchs und dessen Verwirklichung zu befassen.“ Voraussetzung des Nachlasskonkurses ist hienach, dass den Gläubigern nur der Nachlass, nicht auch ein Erbe für ihre Forderungen haftet, indem ein solcher entweder ganz fehlt oder die Gläubiger doch auf den Nachlass verweisen kann. Hat der Erbe die Erbschaft ohne die Rechtswohlthat des Inventars angenommen, oder haftet er den Gläubigern persönlich, weil er es unterliess in gehöriger Form und Frist auf die Erbschaft zu verzichten, oder weil er sich in die Erbschaft eingemischt hat, so ist ein Konkurs über den Nachlass ausgeschlossen. Die Gläubiger haben sich lediglich an den oder die Erben zu halten und es ist, falls ein Erbe zahlungsunfähig ist, über dessen Vermögen der Konkurs zu eröffnen. Hieran wird auch dadurch nichts geändert, dass den Erbschaftsgläubigern gemäss § 43 ein Absonderungsrecht bezüglich der zu einem bestimmten Nachlass gehörigen Gegenstände zusteht. Ist über das Vermögen einer Person der Konkurs eröffnet worden, so bleibt das Verfahren, auch wenn dieselbe stirbt, in Kraft und zwar auch dann, wenn ein Erbe die Erbschaft ohne Vorbehalt antritt. Wer in diesem Falle die Verpflichtungen zu erfüllen hat, welche nach der K.-O. dem Gemeinschuldner obliegen, ist in der K.-O. nicht bestimmt, sondern nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts zu beurtheilen. (Bem. 4 zu §§ 193 ff.)

Hinsichtlich der Zuständigkeit des Gerichts, deren Bestimmung in der Regel keine Schwierigkeit machen wird, ist auf den Kommentar zur C.-P.-O. (Bem. I. 1 zu § 28) zu verweisen.

2.

Voraussetzungen der Konkurseröffnung.

(§§ 203 und 204.)

Da bei dem Konkurs über einen Nachlass nicht wie bei anderen Konkursen eine physische oder juristische Person vorhanden ist, „welche als bleibender Herr eines nach Werth und Umfang veränderlichen Vermögens mit diesem in die Wechselfälle des Verkehrs tritt“ (M.: 452, 453), wurde hier von dem Erforderniss der Zahlungsunfähigkeit abgesehen. Damit der Konkurs über einen Nachlass eröffnet werden kann, wird vielmehr der Nachweis verlangt, dass derselbe überschuldet sei. „Mag es sich um eine erblose Verlassenschaft handeln, oder mag der Erbe von der Rechtswohlthat des Inventars Gebrauch gemacht haben: immer haben die Gläubiger lediglich aus einem von der Person ihres Schuldners losgetrennten Vermögensinbegriff, dessen Schicksal abgeschlossen ist, ihre Befriedigung zu suchen. Für die Frage, ob der Konkurs zu eröffnen, kann daher nur die Suffizienz oder Insuffizienz des Nachlasses entscheidend sein. Im ersteren Falle fehlt für die Gläubiger das rechtliche Interesse an einem Konkursverfahren; die gewöhnlichen prozessualen Mittel genügen, ihnen durch den Erben oder Kurator zu ihrer Befriedigung zu verhelfen. Reicht dagegen der

Nachlass zur Deckung der Schulden nicht aus, so macht sich den Erben gegenüber der auch dem Separationsrecht der Gläubiger zu Grund liegende Satz geltend: „„bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno““. Der Nachlass wird für den Erben faktisch seinem ganzen Umfange nach zu einer fremden Sache; er hat kein Recht, mit demselben fortzuwirthschaften und ihn zum Gegenstande seiner Spekulationen zu machen. Die Gläubiger sind es in Wirklichkeit allein, welchen der Nachlass zukommt, da derselbe ausschliesslich die Bestimmung hat, zu ihrer gemeinschaftlichen und gleichmässigen Verwendung zu dienen. Es kann ihnen nicht verwehrt werden, diese ihre Angelegenheit selbst in die Hand zu nehmen und zu dem Ende die Konkurseröffnung herbeizuführen." (M.: 453.) Die Vorschrift des § 203 kommt auch dann zur Anwendung, wenn es sich um den Nachlass eines Kaufmannes handelt und derselbe schon bei Lebzeiten seine Zahlungen eingestellt hat. Eine Vorschrift, welche mit Rücksicht auf die bereits erfolgte Zahlungseinstellung die nachträgliche Eröffnung des Konkurses gestattet (Art. 437 des französ. Fallimentsgesetzes und § 114 der pr. K.-O.), wurde nach dem System der K.-O. für ungerechtfertigt gehalten. „Hieraus folgt jedoch nicht, dass für den Konkurs über einen Nachlass die bei Lebzeiten erfolgte Zahlungseinstellung des Erblassers vollständig bedeutungslos sei. Formell wird dieselbe immer ein erhebliches Moment für den Beweis der Nachlassinsuffizienz abgeben und materiell behält sie, wenn es auf Grund der letzteren zur Konkurseröffnung kommt, für die Anfechtung der von dem Erblasser oder dem Erben vorgenommenen Dispositionen (§ 33) ihre volle Wirkung." (M.: 454.) Die Feststellung der Ueberschuldung begegnet hier, wie auch in den Motiven hervorgehoben wurde, nicht denselben Schwierigkeiten, wie bei dem Vermögen eines Lebenden, und ist vielfach erleichtert durch die ohnedies gebotene Inventarisirung des Nachlasses. Eine weitere Erleichterung derselben durch gesetzliche Fiktionen und Vermuthungen (§§ 323 und 357 der pr. K.-O.) wurde mit Rücksicht auf die Aufhebung der positiven Beweisregeln (§ 259 C.-P.-O.) für überflüssig gehalten.

Ist die Ueberschuldung des Nachlasses nachgewiesen, so kann die Konkurseröffnung auch dann erfolgen, wenn dem Erben nach dem geltenden Recht noch die gesetzliche Ueberlegungsfrist zu Statten kommt. Eine Vorschrift, wie sie § 324 der pr. K.-O. für den gemeinen Konkurs enthält, wurde in den Motiven (454 ff.) für ungerechtfertigt erklärt, da der Erbe durch die Konkurseröffnung nicht zu Dispositionen über den Nachlass gedrängt werde, welche sein Recht auf Erbschaftsentsagung oder auf die Rechtswohlthat des Inventars gefährden oder wenigstens eine persönliche Verantwortlichkeit desselben durch Verletzung der Prioritäts-Ordnnng begründen könnten und die Vertretung des Nachlasses in dem Eröffnungsverfahren eine für den Erben präjudizirliche pro herede gestio oder immixtio unzweifelhaft nicht darstelle.

3.

Berechtigung zum Antrag. Zwangsvergleich.

(§§ 205. 206.)

Die Vorschriften des § 205, welche denen der §§ 194 und 199 entsprechen, wurden in den Motiven (455, 456) in folgender Weise begründet: „Aus der

Selbständigkeit des Nachlasses und des Nachlasskonkurses folgt die Unabhängigkeit des Rechts auf Konkurseröffnung von dem im § 43 bestimmten Absonderungsrechte. Auch derjenige Nachlassgläubiger, welcher ein Absonderungsrecht nicht würde geltend machen können, ist daher befugt, die Eröffnung des Konkurses zu beantragen, wenn er seine Forderung und die Ueberschuldung des Nachlasses glaubhaft macht. In Gemässheit des § 97 sind an Stelle des Erblassers die rechtlichen Repräsentanten desselben, die Erben oder die nach Landesrecht zur Vertretung des Nachlasses befugten Personen, Nachlasskuratoren, Testamentsexekutoren u. s. w. zu hören. An Stelle des Gemeinschuldners muss auch jedem Benefizialerben oder Nachlassvertreter der Konkursantrag zugestanden werden. Geht der Antrag nicht von Allen gemeinschaftlich aus, so findet auch hier die bei den §§ 194, 195 und 199 erörterte Nothwendigkeit statt, die Glaubhaftmachung der Ueberschuldung und die Anhörung der übrigen Erben oder Vertreter zu fordern.“ Den Vermächtnissnehmern steht das Recht, die Konkurseröffnung zu beantragen, nicht zu. Vielmehr haben sie nur unter den im § 43 angegebenen Voraussetzungen einen Anspruch auf abgesonderte Befriedigung. [1])

Dass der Zwangsvergleich, dessen Zulassung in den Motiven gerechtfertigt wurde, nur auf Vorschlag aller Erben oder Nachlassvertreter geschlossen werden kann, hat in der Gemeinschaftlichkeit ihrer Befugnisse über den Nachlass seinen Grund. (M.: 456). Welche Rechte den einzelnen Erben bezw. Vertretern bezüglich der dem Gemeinschuldner nach der K.-O. zukommenden Befugnisse zustehen, ist nach dem bürgerlichen Recht zu beurtheilen. In der Regel wird ein gemeinschaftliches Handeln derselben erforderlich sein, damit eine Rechtshandlung als wirksam anzusehen ist. Was die dem Gemeinschuldner nach der K.-O. obliegenden Verbindlichkeiten anbelangt, so sind dieselben auch hier von den Erben bezw. Nachlassvertretern zu erfüllen. Insbesondere ist jeder Erbe oder Vertreter zur Auskunftsertheilung verpflichtet, und darf desshalb seinen Wohnort nicht ohne die Erlaubniss des Gerichts verlassen. (Bem. 4 zu §§ 193 ff.)

§ 207.

III. Besitzt ein Schuldner, über dessen Vermögen im Auslande ein Konkursverfahren eröffnet worden ist, Vermögensgegenstände im Inlande, so ist die Zwangsvollstreckung in das inländische Vermögen zulässig.

Ausnahmen von dieser Bestimmung können unter Zustimmung des Bundesrathes durch Anordnung des Reichskanzlers getroffen werden.

[1]) V. auch von Völderndorff §§ 202 ff., Bem. f. Bd. II. S. 607 und 608.

§ 208.

Ein Konkursverfahren über das im Inlande befindliche Vermögen eines Schuldners, welcher im Deutschen Reiche keinen allgemeinen Gerichtsstand hat, findet statt, wenn derselbe zum Betriebe einer Fabrik, einer Handlung oder eines anderen Gewerbes im Inlande eine Niederlassung hat, von welcher aus unmittelbar Geschäfte geschlossen werden.

Dasselbe gilt, wenn ein Schuldner, welcher im Deutschen Reiche keinen allgemeinen Gerichtsstand hat, im Inlande ein mit Wohn- und Wirthschaftsgebäuden versehenes Gut als Eigenthümer, Nutzniesser oder Pächter bewirthschaftet.

Für das Verfahren ist das Amtsgericht ausschliesslich zuständig, in dessen Bezirke die Niederlassung oder das Gut sich befindet.

Ist im Auslande ein Konkursverfahren eröffnet, so bedarf es nicht des Nachweises der Zahlungsunfähigkeit zur Eröffnung des inländischen Verfahrens.

(E.: §§ 207. 208. M.: 456–459. K.: 125. 196–200; pr. K.-O. §§ 292–296.)

1.

Das Verhältniss eines im Ausland schwebenden Konkurses zu dem im Inland befindlichen Vermögen des Gemeinschuldners ist im Allgemeinen nach den Grundsätzen des „internationalen Privatrechts" zu beurtheilen. In diesem hat das in der bayer. Pr.-O. (Art. 1174) noch festgehaltene Territorialprinzip immer mehr Boden verloren, und der Grundsatz Anerkennung gefunden, dass zwischen ausländischen und inländischen Gläubigern kein Unterschied bestehe und das in einem Staate eröffnete Konkursverfahren seine Wirkung auch auf dasjenige Vermögen des Gemeinschuldners äussere, welches sich in einem anderen Staat befindet. Diese Auffassung liegt der Vorschrift des § 4 Abs. 1 zu Grund und wird dem Prinzip nach von der K.-O. nach allen Richtungen festgehalten. In den Motiven (457, 458) wurde dies in folgender Weise ausgeführt: „Wenn im Ausland über den Ausländer das Konkursverfahren eingeleitet wird, so kann nicht mit Grund bezweifelt werden, obgleich Theorie und Praxis noch keineswegs über alle Fragen einstimmig sind, dass die Handlungsfähigkeit des Gemeinschuldners, die Fähigkeit, sein Vermögen zu verwalten, vor Gericht aufzutreten, die Legitimation des Konkursverwalters, der Umfang seiner Funktionen, die Fragen, unter welchen materiellen Voraussetzungen und Formen das Verfahren zu eröffnen und zu beendigen, wann und wie zu liquidiren, zu präkludiren, zu

klassifiziren, zu akkordiren ist, welchen Einfluss die Eröffnung des Verfahrens auf die Rechtsverhältnisse des Gemeinschuldners ausübt, sich nach dem Recht des Konkursgerichts bestimmen. [1]) Nur bei dinglichen Rechten an den im Inland befindlichen Vermögensstücken richtet sich die Verfolgung nach dem Recht des Orts der belegenen Sache. Wegen persönlicher Forderungen haben die inländischen Gläubiger des Ausländers ihre Befriedigung bei dem Konkursgericht des Auslandes nach dortigem Rechte zu suchen; inländisches Vermögen muss, falls der ausländische Konkurs das gesammte Vermögen des Gemeinschuldners umfasst, zur ausländischen Konkursmasse gezogen werden. Und das Gleiche ist natürlich von den ausländischen Gläubigern und dem ausländischen Vermögen eines Inländers zu behaupten. Immer vorbehaltlich des Vergeltungsrechts, wenn diese Grundsätze im Auslande nicht anerkannt werden. Das Vergeltungsrecht ist aber nur politischer Natur und nicht geeignet, den allgemeinen Rechtsgrundsatz zu beseitigen. — Der Entwurf hat den freien internationalen Standpunkt bereits in den §§ 4, 42 und 49 eingenommen und erkennt ihn auch in den oben entwickelten Konsequenzen im Allgemeinen an. Demgemäss soll eine Befugniss ausländischer Konkursverwalter, zur dortigen Konkursmasse im Inlande befindliches Vermögen einzuziehen, nicht beseitigt und eine Auslieferung desselben seitens inländischer Behörden nicht beschränkt werden. Die Beschränkungen der preussischen K.-O. (§§ 294, 295) haben praktisch sich nicht als unentbehrlich erwiesen."

2.

Der § 207 enthält eine Beschränkung des in Bem. 1 erörterten Grundsatzes, insofern die Zwangsvollstreckung in das im Inland befindliche Vermögen eines Gemeinschuldners ungeachtet des im Ausland eröffneten Konkurses unbedingt zulässig ist, obgleich das ausländische Recht die Zwangsvollstreckungen einzelner Gläubiger (ebenso wie § 11 der K.-O.) untersagt. Diese Beschränkung hat in § 24 der C.-P.-O. ihren Grund. „Der von dieser gegen Ausländer zugelassene allgemeine Gerichtsstand des Vermögens soll die inländischen Gläubiger schützen, vorzugsweise dadurch, dass die im Inland vorhandenen Vermögensstücke als Gegenstände der Zwangsvollstreckung benützt werden können. Dieser Zweck war zu sichern. Die C.-P.-O. enthält keine Bestimmung darüber, ob ein ausländischer Konkurs die im Inland betriebene Zwangsvollstreckung hindern oder entkräften soll. In Ergänzung dessen verneint die K.-O. die Frage und bestätigt insoweit das zumeist geltende Recht. — Einzelnen Staaten gegenüber gibt das Gesetz die Handhabe, von der Regel des § 207 Ausnahmen zu treffen. Im Uebrigen bleibt der Weg offen, durch Verträge gegenseitige Rechtshülfe zu

[1]) Die Literatur bezüglich der in Frage stehenden Auffassung ist in den Motiven (457) in folgender Weise zusammengestellt: Savigny, System Bd. 8 S. 286 ff.; Bar, internationales Privatrecht S. 492 ff.; Story, commentaries of the conflicts of laws etc. §§ 335, 338 ff., 408; Foelix, traité du droit international Bd. I. Nr. 119, Bd. II. Nr. 308, 468, 538; rheinisches Archiv Bd. 57 Abth. II. A., S. 79, Bd. 58. Abth. II. A., S. 198; Entscheid. des preuss. Obertribunals Bd. 9 S. 477, Bd. 47 S. 396; Striethorst, Archiv Bd. 26 S. 132, 233, Bd. 29 S. 94; Entscheid. des R.-O.-H.-G.: Bd. 2 S. 67, Bd. 3 S. 68, Bd. 7 S. 24, Bd. 9. S. 7.

schaffen." (M.: 458.) Ein Antrag von Zimmermann, den § 207 zu streichen, weil der internationale Standpunkt darin nicht genügend gewahrt werde, wurde von der Reichstagskommission (196—200) abgelehnt. Bei der Berathung erklärte aber Regierungsrath Hagens, dass der Entwurf die volle Wirkung des ausländischen Konkurses im Grundsatz anerkenne und nur die Möglichkeit wahren wolle, bestimmten Staaten gegenüber und namentlich im Falle mangelnder Gegenseitigkeit diese Wirksamkeit zu beschränken. Dass die Zwangsvollstreckung im § nicht als Ausnahme zugelassen, sondern deren Zulässigkeit als Regel aufgestellt worden ist, wurde damit gerechtfertigt, dass dieser Weg politisch vorzuziehen sei. „Durch Anwendung einer allgemeinen Regel könne sich kein Staat verletzt fühlen; die Anwendung der zugelassenen Ausnahme erscheine als Akt der Komität und sichere die Gegenseitigkeit. Bei der umgekehrten Regel aber ausnahmsweise einem Staat zu sagen, dass man gerade ihm nicht traue, habe etwas sehr Missliches." (K.: 197, 198.) Während die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung formell als Regel aufgestellt wurde, ist hienach der Zustand, in welchem dieselbe durch Staatsverträge oder besondere Anordnungen gegenseitig ausgeschlossen und den inländischen wie den ausländischen Konkursen auch in dieser Richtung volle Wirksamkeit zugestanden wird, als der wünschenswerthe und regelmässig anzustrebende betrachtet worden. Die Thätigkeit des Reichskanzlers und Bundesraths ist hiebei natürlich nicht so gedacht, dass in einzelnen Fällen eingegriffen und die Zwangsvollstreckung untersagt, sondern derart, dass bestimmten Staaten gegenüber, welche der Forderung der Gegenseitigkeit entsprechen, die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung überhaupt ausgeschlossen wird.

Durch die Vorschrift des § ist es an sich nicht ausgeschlossen, dass ein ausländischer Konkursverwalter die zur Konkursmasse gehörigen, in Deutschland befindlichen Vermögenstheile in das Ausland bringt und es kann derselbe, wenn ein solcher Gegenstand widerrechtlich zurückgehalten wird, auch die Hülfe der deutschen Gerichte in Anspruch nehmen. Die Wirksamkeit des ausländischen Konkurses ist bloss nach einer bestimmten Richtung hin beschränkt.[1]) Falls nicht eine gemäss Abs. 2 erlassene Anordnung im Weg steht, können jedoch die Gläubiger des Gemeinschuldners den Weg der Zwangsvollstreckung betreten, und alle aus dieser abzuleitenden Rechte in derselben Weise geltend machen, als ob der Konkurs nicht erfolgt wäre. Insbesondere können sie das in den §§ 709 und 810 C.-P.-O. vorgesehene Pfändungs- bezw. Arrestpfandrecht erwerben. Der

[1]) Von Sarwey behauptet zwar (§ 207 Bem. 4 S. 734), der im Ausland unter Konkurs stehende Schuldner müsse folgerichtig bezüglich des im Inland befindlichen Vermögens als dispositions- und prozessfähig angesehen werden. Dies ist aber nicht richtig. Das im Inland befindliche Vermögen wird nur ungeachtet des im Ausland eröffneten Konkurses dem Zugriff der zur Zwangsvollstreckung berechtigten Gläubiger ausgesetzt. Im Uebrigen behält aber der Konkurs seine Wirkung. Wäre es anders, so müssten die vom Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Verfahrens vorgenommenen Verkäufe u. s. w. in Deutschland wirksam sein, und wäre die Thätigkeit des Konkursverwalters ganz ausgeschlossen. Das Alles folgt aber nicht aus der Vorschrift des § und ist vom Gesetzgeber nicht gewollt. V. auch v. Völderndorff § 207 Bem. d. S. 610—612.

Konkursverwalter kann ihnen nicht entgegenhalten, dass eine Zwangsvollstreckung nach dem am Orte des Konkursgerichts geltenden Rechte unstatthaft ist. Von dieser Befugniss können sowohl aus- als inländische Gläubiger Gebrauch machen. Auch kommt nichts darauf an, ob der Gemeinschuldner selbst, über dessen Vermögen im Ausland Konkurs eröffnet wurde, Ausländer oder Deutscher ist.[1])

3.

Die Vorschrift des § 208 entspricht der Bestimmung des § 292 der pr. K.-O.; jedoch ist die Eröffnung des Konkurses im Inland nicht bloss dann gestattet, wenn der Schuldner, der im Inland keinen allgemeinen Gerichtsstand hat, hier eine Handelsniederlassung besitzt, sondern es sind auch die Fälle berücksichtigt, in welchen derselbe eine Geschäftsniederlassung anderer Art hier hat, oder ein mit Wohn- und Wirthschaftsgebäuden versehenes Gut bewirthschaftet. „Die Niederlassung und das Gut vertreten insoweit einen Wohnsitz.“ (M.: 458.) Dass der Gemeinschuldner ein Ausländer, ist nicht nothwendig. Vielmehr kann § 208 auch bezüglich eines Inländers zur Anwendung kommen, der im Auslande wohnt und desshalb im Inlande keinen allgemeinen Gerichtsstand hat. (§§ 13 und 18 C.-P.-O.) Andererseits kommen die allgemeinen Vorschriften (§§ 64 ff.) auch dann zur Anwendung, wenn ein Ausländer im Inland einen allgemeinen Gerichtstand hat. Bezüglich der Frage, wann ein allgemeiner Gerichtsstand vorliegt, ist auf die §§ 13—19 C.-P.-O. zu verweisen. (V. auch Bem. 1 zu § 64.)

Auf den nach § 208 eröffneten Konkurs finden im Allgemeinen die gewöhnlichen Vorschriften der K.-O. Anwendung. „Während die K.-O. in § 22 der C.-P.-O. ihre Grundlage findet, baut sie denselben insofern aus, als sie das Konkursverfahren nicht auf die Forderungen beschränkt, welche den Geschäftsbetrieb der Niederlassung oder die Bewirthschaftung des Guts betreffen, sondern auf alle Forderungen inländischer und ausländischer Gläubiger ausdehnt. Dem entsprechend soll das Konkursverfahren und die Konkursmasse nicht bloss auf das Niederlassungs- oder Gutsvermögen sich erstrecken, sondern auf alles Vermögen des Schuldners, welches sich im Inlande befindet. Dadurch gewinnt das Verfahren das Ansehen eines allgemeinen Konkurses.“ (M.: 458, 459.) Dass durch einen solchen Konkurs, der sich nur durch seine Voraussetzungen von dem gewöhnlichen Konkurse unterscheidet, die Wirksamkeit eines ausländischen Konkurses, soweit es sich um das Inland handelt, ausgeschlossen und dem ausländischen Konkursverwalter die Befugniss entzogen wird, die im Inland befindlichen Vermögenstheile ins Ausland zu bringen, ist selbstverständlich. Auch kann nicht wie im Falle des § 207 durch Anordnung des Reichskanzlers die Eröffnung des inländischen Konkurses verhindert, oder dessen Wirksamkeit beschränkt werden. Nur durch Staatsverträge, welche vom deutschen Reich abgeschlossen werden, und welchen die Kraft von Reichsgesetzen zukommt, kann dem ausländischen Konkurs eine grössere Bedeutung verschafft werden. Soweit § 208 in Kraft bleibt und von demselben Gebrauch gemacht wird, hat die im

[1]) V. von Völderndorff § 207 Bem. d. III. Bd. II. S. 612, 613.

Ausland erfolgte Konkurseröffnung für den inländischen Konkurs nur die Wirkung, dass ein weiterer Nachweis der Zahlungsunfähigkeit nicht erfordert wird.

Ausser dem in § 208 vorausgesetzten Falle kann es auch, wenn über das Vermögen einer Person, welche im Inland einen allgemeinen Gerichtsstand hat, hier der Konkurs eröffnet wurde, vorkommen, dass über das Vermögen dieser Person im Ausland der Konkurs eröffnet wird, und es laufen dann die beiden Konkursverfahren neben einander her, ohne sich zu berühren. In jedem Staat wird das in dessen Gebiet befindliche Vermögen unter die Gläubiger des Schuldners vertheilt. Jeder Gläubiger ist ohne Rücksicht auf den im Ausland eröffneten Konkurs und die dort bewirkte Anmeldung seines Anspruchs befugt, im Inland seine ganze Forderung geltend zu machen und muss sich nur das auf diese anrechnen lassen, was er im ausländischen Konkurs erhalten hat. Insofern wird sich das Verfahren ähnlich gestalten, wie in dem Falle, dass mehrere Solidarschuldner in Konkurs gerathen. (§ 61.)

DRITTES BUCH.

Strafbestimmungen.

(§§ 209–214.)

Vorbemerkungen.

1.

Das R.-St.-G.-B. hatte zwar in den §§ 281–283 Bestimmungen für den „Bankerutt“ getroffen, aber es wurde damit die Materie nicht in erschöpfender Weise geregelt, sondern es sollten bloss in Anlehnung an die Thatsache einer Zahlungseinstellung und unter Beschränkung auf die kaufmännische Zahlungseinstellung gewisse besonders gefährliche Handlungen mit Strafe bedroht werden. Eine vollständige, einheitliche Regelung wurde für unthunlich gehalten, solange ein gemeinsames Konkursrecht nicht bestehe. Desshalb bestimmte § 2 des E.-G. zum R.-St.-G.-B. in Abs. 3: „Bis zum Erlass eines Reichsgesetzes über den Konkurs bleiben diejenigen Strafvorschriften in Kraft, welche rücksichtlich des Konkurses in Landesgesetzen enthalten sind, insoweit dieselben sich auf Handlungen beziehen, über welche das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich nichts bestimmt.“ Der hier gemachte Vorbehalt wurde nun durch den Erlass der K.-O. erledigt, und es ergab sich mit derselben die Nothwendigkeit, das Landesstrafrecht zu beseitigen und das Reichsstrafrecht zu vervollständigen. Bezüglich dieser Aufgabe wurde in den Motiven (460) bemerkt: „Das Lückenhafte des Strafgesetzbuchs gegenüber den Bedürfnissen des Konkursrechts besteht darin, dass erstlich mehrere Handlungen, die mit Strafe bedroht werden müssen, überhaupt nicht aufgenommen worden sind und zweitens, dass der Bankerutt auf Kaufleute beschränkt ist, während das Konkursrecht ihn auch auf Nicht-

kaufleute ausdehnen muss, da die Voraussetzungen desselben, Zahlungsunfähigkeit und Zahlungseinstellung, sowohl bei Kaufleuten als bei Nichtkaufleuten eintreten können und der Entwurf auch sonst keinerlei Unterscheidung zwischen kaufmännischem und nichtkaufmännischem Konkurs adoptirt hat. Ergibt sich aus dem ersten Umstand die Nothwendigkeit, den Bestimmungen des St.-G.-B. neue Vorschriften hinzuzufügen, so führt der zweite Gesichtspunkt dazu, die Bestimmungen des St.-G.-B. innerlich auszudehnen, ihre Anwendbarkeit zu erweitern. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die §§ 281—283 St.-G.-B. auch ausserhalb des Konkurses, wenn Zahlungseinstellung erfolgt ist, ohne dass das Konkursverfahren eröffnet wurde, ihre Wirkung haben und dass sie insoweit nicht gerade in die Aufgabe fallen, welche der Entwurf zu lösen hat. Wenn man aber bedenkt, dass es sehr wünschenswerth ist, zur leichteren Verständlichkeit und Uebersichtlichkeit des Rechts das Zusammengehörige auch äusserlich zusammenzuhalten, so erscheint es geboten, nicht neben den Strafbestimmungen der K.-O. noch die Vorschriften des St.-G.-B. bestehen zu lassen, die letzteren vielmehr unter Aufnahme des Inhalts nach Thatbestand und Strafmaass zu absorbiren und alle den Konkurs oder die Zahlungseinstellung betreffenden strafbaren Handlungen aller Personen zusammenzufassen, dergestalt, dass die Strafbestimmungen der K.-O. mit ausschliessender Kraft zur Anwendung kommen, sofern die Strafbarkeit davon abhängt, dass das Konkursverfahren eröffnet worden oder eine Zahlungseinstellung erfolgt ist. Den sonstigen Merkmalen einer Zahlungsunfähigkeit, ausser der Zahlungseinstellung, fehlt die bezeichnende Erkennbarkeit, um die Handlung mit Strafe bedrohen zu können; in Ermangelung einer Zahlungseinstellung muss daher die Thatsache der Konkurseröffnung die ausschliessliche Voraussetzung für die Strafbarkeit bleiben."

2.

Gemäss der in Nr. 1 dargelegten Auffassung sind in den §§ 209—214 folgende Bestimmungen getroffen werden: In den §§ 209 und 210 wird der betrügliche und der einfache Bankerutt behandelt. Der § 211 betrifft das strafbare Verhalten des Schuldners gegen einzelne seiner Gläubiger im Verhältniss zu anderen, welches durch die Vorschriften des St.-G.-B. über Betrug und Unterschlagung nicht in ausreichender Weise betroffen wird. Durch § 212 wird der Gefährdung des Publikums durch einen Dritten entgegengetreten, während § 213 das unlautere Verhalten der Gläubiger im Konkursverfahren trifft. Der § 214 endlich schliesst sich den besonderen Bestimmungen über Handelsgesellschaften und Genossenschaften (§§ 193 ff.) an. Neben diesen Vorschriften kommen strafrechtliche Bestimmungen der Landesgesetze, welche durch § 4 E.-G. aufgehoben sind, im Allgemeinen nicht mehr in Betracht. Nur die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Nichtbefolgung der Bestimmungen über die Anzeige des zwischen dem Gemeinschuldner und seinem Ehegatten bestehenden Güterrechts unter Strafe stellen, sind durch § 5 des E.-G. in Kraft erhalten. Die Vorschriften der §§ 281—283 R.-St.-G. sind durch § 3 E.-G. Abs. 2 Nr. 3 ausser Geltung gesetzt. Reichsgesetzliche Strafbestimmungen, welche nach Abs. 1 dieses § in Kraft bleiben, sind enthalten in den §§ 240 und 249a des Handelsgesetzbuchs.

3.

Während durch die §§ 209—213 der besondere Thatbestand der in Frage stehenden Verbrechen und Vergehen in selbständiger Weise geregelt ist, sind bezüglich des allgemeinen Thatbestands, der bei allen strafbaren Handlungen vorausgesetzt wird, insbesondere hinsichtlich der Fragen, ob der erforderliche Vorsatz vorliegt, ob ein Strafausschliessungsgrund vorhanden ist, die Vorschriften des R.-St.-G.-B. entscheidend. Ebenso ist dieses massgebend rücksichtlich der Frage, ob die Verfolgung einer bestimmten Person statthaft, oder durch besondere Umstände, z. B. durch den Eintritt der Verjährung ausgeschlossen ist. Auch bezüglich der anderen Fragen, welche im allgemeinen Theil des R.-St.-G.-B. geregelt sind, insbesondere der Fragen, ob ein strafbarer Versuch (§§ 43 ff. R.-St.-G.-B.), oder ein Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen (ebendas. §§ 73 ff.) vorliegt, sind die Vorschriften des R.-St.-G.-B. massgebend. Im Allgemeinen ist in dieser Beziehung auf die Kommentare zum R.-St.-G.-B. zu verweisen. Nur die letzterwähnten Fragen sollen kurz berührt werden.

a.

Ein strafbarer Versuch des betrüglichen oder einfachen Bankerutts kann in der Weise vorliegen, dass über das Vermögen des Beschuldigten der Konkurs eröffnet worden ist, oder eine Zahlungseinstellung stattgefunden hat und eine der in den §§ 209 Nr. 1—4 bezw. 210 Nr. 1—3 vorgesehenen Handlungen begonnen worden ist. Er kann aber auch in der Weise gegeben sein, dass eine dieser Handlungen erfolgte, die Zahlungseinstellung bezw. Konkurseröffnung aber ausgeblieben ist. In diesem letzteren Falle muss, da sonst die Merkmale des § 43 nicht vorliegen, die Handlung darauf gerichtet gewesen sein, eine wirkliche oder scheinbare Insolvenz herbeizuführen. [1])

b.

Der betrügliche Bankerutt ist nicht als eine Qualifikation des einfachen aufzufassen. Vielmehr handelt es sich hiebei um zwei verschiedene, selbständige strafbare Handlungen. Es kann also der Thatbestand des betrüglichen Bankerutts in realer Konkurrenz mit dem des einfachen Bankerutts vorliegen. Dies ist der Fall, wenn mehrere selbständige Handlungen gegeben sind, z. B. wenn der Beschuldigte in der Absicht seine Gläubiger zu benachtheiligen, Vermögensstücke bei Seite geschafft, und ausserdem seine Bücher unordentlich geführt oder durch Aufwand Spiel u. s. w. übermässige Ausgaben gemacht hat. [2]) Dagegen ist

[1]) V. Merkel in Holtzendorff's Handbuch Bd. III. S. 820. V. dagegen Oppenhof, der (§ 281 Nr. 36) unter Berufung auf ein Erkenntniss des pr. Obertribunals den Beginn der Handlung im Hinblick auf eine vorhergesehene Zahlungseinstellung für genügend hält. Noch weiter als Merkel geht in der Beschränkung von Völderndorff, der (Buch 3 § 5 Bd. II. S. 623) nur dann einen strafbaren Versuch für möglich hält, wenn wirklich eine Konkurseröffnung oder Zahlungseinstellung stattgefunden hat.

[2]) V. Erk. des pr. Obertrib. vom 11. Okt. 1861, 15. Juli 1864, 26. Juni 1867 und vom 16. Febr. 1877, Entscheid. Bd. 47 Nr. 56 S. 428 ff., R. D. O.: Bd. 5 S. 87, Bd. 8 S. 405; ferner Oppenhof § 281 Nr. 34, Hahn, ebendas. Bem. 1; Pezold, ebendaselbst Nr. 51.

wenn dem Beschuldigten mehrere solche Handlungen zur Last liegen, welche den Thatbestand des betrüglichen oder einfachen Bankerutts begründen, das in Frage stehende Verbrechen oder Vergehen nur einmal begangen worden. Diese Handlungen sind nur verschiedene Merkmale des gesetzlich vorgesehenen Thatbestands, derart dass dieser gegeben ist, wenn neben der Zahlungseinstellung u. s. w. eine dieser Handlungen oder eine Mehrheit derselben vorliegt. Nicht aber wird durch Vornahme derselben jedesmal ein besonderes Verbrechen oder Vergehen verübt. Wenn ein Schuldner, der seine Zahlung eingestellt hat, in der Absicht seine Gläubiger zu benachtheiligen, gleichzeitig Vermögensstücke beseitigt und Handelsbücher vernichtet hat, liegt hienach nur ein Verbrechen des betrüglichen Bankerutts vor und ebenso ist das Vergehen des einfachen Bankerutts nur einmal gegeben, wenn ein solcher Schuldner übermässige Ausgaben der im Gesetz vorgesehenen Art gemacht und es gleichzeitig unterlassen hat, seine Bücher ordentlich zu führen und die Bilanz regelmässig zu ziehen. [1])

§ 209.

Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt haben, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, werden wegen betrüglichen Bankerutts mit Zuchthaus bestraft, wenn sie in der Absicht, ihre Gläubiger zu benachtheiligen,

1. Vermögensstücke verheimlicht oder bei Seite geschafft haben,
2. Schulden oder Rechtsgeschäfte anerkannt oder aufgestellt haben, welche ganz oder theilweise erdichtet sind,
3. Handelsbücher zu führen unterlassen haben, deren Führung ihnen gesetzlich oblag, oder
4. ihre Handelsbücher vernichtet oder verheimlicht oder so geführt oder verändert haben, dass dieselben keine Uebersicht des Vermögenszustandes gewähren.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnissstrafe nicht unter drei Monaten ein.

[1]) V. Erk. des pr. Obertrib. vom 9. April und 6. Okt. 1874, vom 30. Mai 1876 und vom 21. Sept. 1877, R. d. O. Bd. 15 S. 223 und 613, Bd. 17 S. 384 und Bd. 18 S. 582; ferner Hahn a. a. O., Pezold a. a. O. Nr. 50. A. M. sind Oppenhof, § 281 Nr. 35 und Merkel in Holtzendorfs Handbuch S. 821.

§ 210.

Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt haben, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, werden wegen einfachen Bankerutts mit Gefängniss bis zu zwei Jahren bestraft, wenn sie

1. durch Aufwand, Spiel oder Differenzhandel mit Waaren oder Börsenpapieren übermässige Summen verbraucht haben oder schuldig geworden sind,
2. Handelsbücher zu führen unterlassen haben, deren Führung ihnen gesetzlich oblag, oder dieselben verheimlicht, vernichtet oder so unordentlich geführt haben, dass sie keine Uebersicht ihres Vermögenszustandes gewähren, oder
3. es gegen die Bestimmung des Handelsgesetzbuchs unterlassen haben, die Bilanz ihres Vermögens in der vorgeschriebenen Zeit zu ziehen.

(E.: §§ 209. 210. M.: 460. 461. K.: 125. 126; pr. K.-O. §§ 308. 309. 340. 341: R.-St.-G.-B. §§ 281 und 283.)

I.

Allgemeine Bemerkungen.

„In den §§ 209 und 210 werden der betrügliche und der einfache Bankerutt behandelt. Der begriffsmässige Thatbestand des Bankerutts und das Strafmass sind in Uebereinstimmung gehalten mit den §§ 281 und 283 St.-G.-B.; die Aenderungen, welche die letzteren hier erfahren haben, folgen aus der Ausdehnung der Strafbarkeit des Bankerutts auf alle Schuldner. Die Ausdehnung betrifft nur die in § 209 Nr. 1 und 2, § 210 Nr. 1, beziehentlich § 281 Nr. 1 und 2, § 283 Nr. 1 bezeichneten Handlungen, welche ihrer Natur nach von Jedermann begangen werden können. Betreffs der in § 209 Nr. 3 und 4, § 210 Nr. 2 und 3 geahndeten Verletzung kaufmännischer Pflichten musste es bei der Beschränkung des St.-G.-B. auf Kaufleute bewenden; insbesondere konnten „Geschäftsbücher" den Handelsbüchern nicht gleichgestellt werden. Das preuss. St.-G.-B. von 1851 bestrafte in § 261 Nr. 1 Kaufleute wegen einfachen Bankerutts: wenn sie, obgleich das Vermögen nach der letzten Bilanz nicht die Hälfte der Schulden deckte, neue Schulden gemacht, oder Waaren oder Kreditpapiere unter dem Werthe verkauft haben. Aehnliche Strafbestimmungen enthalten andere Gesetzgebungen; auch sind solche bei Berathung des St.-G.-B. aus der Mitte des Reichstags vorgeschlagen, von diesem aber abgelehnt worden. In der That sind solche Bestimmungen nicht frei von Willkür und ungerechtfertigter

Härte. Ebensowenig war es gerechtfertigt, unter einer dieser Voraussetzungen das Eingehen neuer Verbindlichkeiten oder ein Veräussern unter dem Werthe der Sache unbedingt mit Strafe zu bedrohen; in zahlreichen Fällen wird das Eine wie das Andere durch die Umstände geboten, zum Vortheil der Gläubiger und den strengsten Anforderungen kaufmännischer Geschäftsführung entsprechend erscheinen.“ (M.: 460, 461).

II.

Betrüglicher Bankerutt.

(§ 209.)

1.

Allgemeine Voraussetzungen.

Damit ein betrüglicher Bankerutt vorliegt, wird vorausgesetzt, dass von dem Beschuldigten eine der in Abs. 1 Nr. 1—4 des § aufgezählten Handlungen vorgenommen wurde. Diese Handlung begründet aber nur dann die Strafbarkeit, wenn entweder über das Vermögen des Beschuldigten der Konkurs eröffnet worden ist, oder derselbe seine Zahlungen eingestellt hat. Ob eine Konkurseröffnung stattgefunden hat, ist eine thatsächliche Frage, deren Beantwortung lediglich von dem Umstand abhängt, ob ein deutsches Amtsgericht die Eröffnung beschlossen hat. Ob dies mit Recht oder Unrecht geschah, ist der Beurtheilung des Strafrichters entzogen, und ebenso kommt nichts darauf an, ob das Verfahren durchgeführt oder gemäss § 190 wieder eingestellt worden ist. Wurde der Eröffnungsbeschluss auf Grund der vom Gemeinschuldner eingelegten sofortigen Beschwerde aufgehoben, so liegt die Sache dagegen ebenso, als ob eine Eröffnung gar nicht stattgefunden hätte. Kommt es darauf an, ob eine Zahlungseinstellung stattgefunden hat, so ist diese Frage vom Strafrichter selbständig zu entscheiden, ohne dass derselbe an die Entscheidungen des Civilgerichts gebunden ist. [1]) Wegen der Frage, wann eine Zahlungseinstellung anzunehmen ist, muss auf die Bem. I. 2 zu § 23 und auf Bem. I. 2 und II. zu § 94 verwiesen werden.

Ob die unter die Nrn. 1—4 fallende Handlung vor oder nach der Zahlungseinstellung bezw. Konkurseröffnung erfolgte, ist gleichgültig. Sie muss jedoch in allen Fällen mit Rücksicht auf die vorhergegangene oder nachfolgende Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung vorgenommen worden sein. [2]) Dass die Konkurseröffnung oder Zahlungseinstellung, wenn sie der unter die Nrn. 1—4 fallenden Handlung nachfolgte, in Kausalzusammenhang mit derselben steht, ist

[1]) V. Erk. des pr. Obertrib. vom 14. Nov. 1861, 13. Juni und 6. Dez. 1866, vom 15. Okt. 1869 und vom 8. Mai 1873 bei Oppenhof, Rechtsprechung des Obertribunals Bd. II. S. 68, Bd. VII. S. 358 ff. und 695, Bd. X. S. 643 und Bd. XIV. S. 350; ferner Oppenhof, Kommentar zum R.-St.-G.-B. § 281 Anm. 16 und 20; Hahn, St.-G.-B. § 281 Anm. 3 S. 400; Pezold, deutsche Strafrechtspraxis ebendas. Anm. 23 und 25.

[2]) V. Erk. des pr. Obertrib. vom 14. Nov. 1861, 22. Okt. 1862, und 17. Okt. 1867 und vom 28. Jan. 1875, Oppenhof R. d. O. Bd. II. S. 68, Bd. III. S. 84, Bd. VIII. S. 603 und Bd. XVI. S. 90; ferner Oppenhof, Kommentar § 281 Anm. 28; Hahn a. a. O. Anm. 3 S. 400; Pezold a. a. O. Anm. 49.

nicht erforderlich. Ebensowenig wird vorausgesetzt, dass die Konkurseröffnung oder Zahlungseinstellung in einem Verschulden des dadurch Betroffenen ihren Grund hat.[1])

Damit eine strafbare Handlung vorliegt, wird ausserdem in allen Fällen vorausgesetzt, dass die in Frage stehende Handlung vom Beschuldigten in der Absicht vorgenommen wurde, dadurch seine Gläubiger und zwar die Gesammtheit, nicht einen einzigen derselben, zu benachtheiligen. Sollte durch die Handlung lediglich ein einzelner Gläubiger geschädigt werden, und zwar in der Art, dass die übrigen Gläubiger dadurch keinen Nachtheil erlitten hätten, ja ihnen sogar ein Bestandtheil der Masse erhalten worden wäre, so ist der Thatbestand des § nicht gegeben. Dagegen liegt derselbe dann vor, wenn ein einzelner Gläubiger, z. B. ein Verwandter des Beschuldigten, zum Nachtheil aller übrigen begünstigt werden sollte.[2]) Die Absicht der Benachtheiligung ist nicht nur dann vorhanden, wenn eine Verminderung der Masse erstrebt wurde, sondern auch dann, wenn die Liquidirung derselben oder die Flüssigmachung der Aktiven erschwert oder verzögert werden sollte, oder eine zeitweilige Vorenthaltung einzelner Massegegenstände den Zweck der Handlung bildete.[3]) In allen diesen Fällen ist aber erforderlich, dass die beabsichtigte Benachtheiligung mit der Zahlungseinstellung und der dadurch herbeigeführten Nichtbefriedigung der Gläubiger in Beziehung steht. Desshalb wird immer das Bewusstsein von der bereits eingetretenen oder bevorstehenden Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung vorausgesetzt.[4]) Ist die Absicht, die Gläubiger zu benachtheiligen, in der angegebenen Weise nachgewiesen, so bedarf es eines weiteren Nachweises nicht mehr. Insbesondere ist es nicht erforderlich, dass der Beschuldigte beabsichtigte, sich selbst oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvortheil zu verschaffen. Die Bezeichnung „betrüglicher Bankerutt" wurde bloss gewählt, um den in § 209 vorgesehenen Fall von dem des „einfachen Bankerutts" zu unterscheiden. Es brauchen aber keineswegs alle Merkmale des Betrugs (§ 263 R.-St.-G.-B.) vorzuliegen.[5]) Damit ein vollendeter betrüglicher Betrug vorliegt, wird unter allen Umständen vorausgesetzt, dass ausser den übrigen Merkmalen des Thatbestands entweder der Konkurs eröffnet oder eine Zahlungseinstellung erfolgt ist. Ist die unter die Nrn. 1—4 fallende Handlung der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung vorausgegangen, so ist die strafbare Handlung im Augenblick, in welchem diese erfolgten, vollendet, andernfalls in dem Augenblick, in welchem die betreffende Handlung vorgenommen wurde. Wegen des strafbaren Versuchs ist auf Vorbem. 3a zu verweisen.

[1]) V. Erk. des pr. Obertrib. vom 4. April 1861, 13. Nov. 1868, R. d. O. Bd. I. S. 346, Bd. IX. S. 635; ferner Oppenhof, § 281 Anm. 24.

[2]) V. Oppenhof § 281 Anm. 26; Merkel in Holtzendorff's Handbuch Bd. III. S. 818.

[3]) V. Oppenhof § 281 Anm. 27; Pezold a. a. O. Anm. 27; Hahn a. a. O. Anm. 5.

[4]) V. Oppenhof § 281 Anm. 28, Hahn ebendas. Anm. 5, Pezold ebendas. Anm. 25.

[5]) V. Oppenhof a. a. O. Anm. 25.

2.

Verheimlichung oder Beiseiteschaffung von Vermögensstücken.

(Abs. 1 Nr. 1.)

Das „Verheimlichen“ und „Beiseiteschaffen“ von Vermögensstücken setzt voraus, dass eine Sache der Wahrnehmung der Betheiligten d. h. des Verwalters oder der Gläubiger entzogen wurde, und dadurch die Geltendmachung der den Gläubigern zustehenden Rechte unmöglich gemacht oder doch erschwert oder verzögert wird. Dagegen ist hiezu nicht erforderlich, dass die Handlung, durch welche dies bewirkt wird, selbst eine heimliche und an dem Ort der Vornahme vollständig unbemerkt geblieben ist. Auch das blosse Ableugnen des Vorhandenseins einer Sache kann als „Verheimlichung“ erscheinen. Ebenso kann die Verwendung von Geldern zu unnöthigen Ausgaben oder zur Flucht oder das Verschleudern oder Verschenken von Werthgegenständen unter den Begriff der Verheimlichung fallen, wenn die Gelder der Wahrnehmung der Betheiligten in der Absicht entzogen wurden, die Gläubiger zu benachtheiligen.[1]) Auch wird der Thatbestand des § dadurch nicht ausgeschlossen, dass die Verheimlichung oder das Beiseiteschaffen zu dem Zweck erfolgte, einen Gläubiger auf Kosten aller übrigen zu begünstigen. (Bem 1.)[2]) Das „Beiseiteschaffen“ setzt übrigens voraus, dass eine Sache an einen anderen Ort gebracht wurde, kann also nur bei beweglichen Sachen, nicht bei Grundstücken vorkommen. In dem Verkauf eines Grundstücks kann ein Beiseiteschaffen gar nicht, eine Verheimlichung bloss dann gefunden werden, wenn dessen Vorhandensein abgeleugnet oder verschwiegen oder der Verkauf nur simulirt worden ist.[3])

Ob die verheimlichten oder bei Seite geschafften Gegenstände einen grösseren oder geringeren Werth haben, ist nicht entscheidend. Es kommt aber immer darauf an, ob dieselben überhaupt den Gläubigern zu Gut gekommen wären und deren Benachtheiligung beabsichtigt worden ist. Desshalb kann die Beseitigung unentbehrlicher Kleidungsstücke des Gemeinschuldners u. s. w., welche der Zwangsvollstreckung (nach § 715 C.-P.-O.) nicht unterliegen, den Thatbestand des betrüglichen Bankerutts nicht herstellen, und ebensowenig die Beseitigung solcher Waaren, welche der Gemeinschuldner nach erfolgter Konkurseröffnung unter Haftung eines Dritten für den Kaufpreis bezogen hat.[4])

3.

Anerkennung oder Aufstellung von erdichteten Schulden oder Rechtsgeschäften.

(Abs. 1 Nr. 2.)

Damit die Nr. 2 zur Anwendung kommen kann, ist erforderlich, dass der Beschuldigte ein Rechtsgeschäft, oder eine Schuld, die in Wirklichkeit gar nicht

[1]) V. hiezu Oppenhof § 281 Anm. 39 ff.; Hahn, ebendas. Anm. 6 und 7; Pezold Anm. 29—31.

[2]) V. Oppenhof § 281 Anm. 41.

[3]) V. Erk. des sächs. O.-A.-G. vom 15. Sept. 1873 in Goltdammers Archiv Bd. 22 S. 148 ff.; Oppenhof § 281 Nr. 40; Hahn § 281 Anm. 7; Pezold ebendas. Bem. 29.

[4]) V. Pezold § 281 Anm. 31.

oder doch nicht in der angegebenen Weise existiren und von deren Nichtexistenz er Kenntniss hatte, entweder selbst behauptet, oder wenn sie von einer anderen Person geltend gemacht werden, anerkennt. Der hier vorgesehene Fall liegt auch dann vor, wenn die Fortdauer einer älteren, bereits getilgten Schuld oder das Bestehen eines nicht begründeten Vorzugsrechts behauptet oder anerkannt worden ist.[1]) Bezüglich der Anerkennung kommt es nicht darauf an, ob dieselbe ausdrücklich oder stillschweigend z. B. durch Nichtbestreiten im Prozess, erfolgt ist.[2]) Auch die Anerkennung einer bereits vor dem Beginn eines Geschäfts simulirten Schuld kann unter die Vorschrift der Nr. 2 fallen. Dass das Rechtsgeschäft bezw. die Schuld erdichtet wurde, muss erwiesen werden. Dem Beschuldigten liegt nicht die Verpflichtung ob, die Existenz nachzuweisen.[3])

Wer im Einverständniss mit dem Gemeinschuldner eine erdichtete Forderung als Gläubiger im Konkurs anmeldet, ist nicht aus § 212, sondern als Gehülfe nach § 209 und § 49 R.-St.-G.-B. zu bestrafen.[4])

4.

Unterlassung der Führung von Handelsbüchern.

(Nr. 3.)

In Nr. 3 wird zunächst vorausgesetzt, dass der Beschuldigte zur Führung von Handelsbüchern überhaupt gesetzlich verpflichtet war; er muss also Kaufmann und zwar Vollkaufmann im Sinne des H.-G.-B. gewesen sein. Gehört derselbe zu den in Art. 10 H.-G.-B. aufgezählten Personen (den sogen. Minderkaufleuten), so kann ihn der Umstand, dass er keine Bücher führte, nicht strafbar machen. Hienach sind Höker, Trödler und Hausirer, sowie Personen, welche eine den Geschäften derselben ähnlichen Handel betreiben, von der Verpflichtung zur Buchführung dann befreit, wenn ihr Gewerbe nur einen geringen Umfang hat. Ferner ist diese Verpflichtung abgenommen den Wirthen jeder Art, einschliesslich der Besitzer grösserer Gasthöfe, und den „gewöhnlichen" Schiffern und Fuhrleuten, d. h. denjenigen Gewerbetreibenden dieser Art, welche nur einen geringen, nicht kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb haben. Endlich sind befreit „Personen, deren Gewerbe nicht über den Handwerksbetrieb hinausgeht." Die Frage, ob dies der Fall ist, kann aber nur bei solchen Geschäften aufgeworfen werden, welche in der Bearbeitung oder Verarbeitung beweglicher

[1]) V. Oppenhof § 281 Nr. 42, 43; Hahn ebendas. Anm. 8 und 9; Pezold Anm. 32; Erk. des pr. Obertrib. vom 13. Jan. 1865, R. d. O. Bd. V. S. 420.

[2]) V. Erk. des pr. Obertribunals vom 14. Nov. 1861; R. d. O. Bd. II. S. 68; Oppenhof § 281 Nr. 43.

[3]) Oppenhof § 281 Nr. 44.

[4]) V. Erk. des pr. Obertrib. vom 24. Nov. 1875, R. d. O. Bd. 16 S. 751; Hahn § 282 Nr. 2. In einem Erk. des Obertr. vom 21. März 1874 (R. d. O. Bd. 15 S. 175) war in diesem Falle ideale Konkurrenz angenommen worden. V. auch Oppenhof § 281 Nr. 45.

Sachen besteht, (Art. 271 Nr. 1 und 272 Nr. 1 H.-G.-B.)[1]) Welche Bücher der Vollkaufmann führen muss, ist im H.-G.-B. (Art. 28 ff.) nur im Allgemeinen bestimmt. Es ist in jedem einzelnen Falle zu entscheiden, ob nach kaufmännischen Grundsätzen ein bestimmtes Buch geführt werden musste, damit für das in Frage stehende Geschäft der erforderliche Ueberblick über die vorgenommenen Handelsgeschäfte und die Lage des Vermögens gewährt wird. Es genügt aber, um die Strafbarkeit zu begründen, dass ein einziges Buch, dessen Nothwendigkeit feststeht, nicht geführt worden ist. Zu den Handelsbüchern ist auch das von dem Kaufmann bei Beginn des Geschäfts zu errichtende Vermögensverzeichniss, sowie das regelmässig zu errichtende Inventar zu rechnen.[2]) Auch Briefkopierbücher sind nach Art. 28 R.-G-B. als nothwendige Handelsbücher anzusehen.[3])

War die Verpflichtung zur Führung von Handelsbüchern vorhanden, so kann der Beschuldigte die Unterlassung der Führung nicht durch Berufung auf seine Unkenntniss des Gesetzes rechtfertigen; wohl aber kann ein thatsächlicher Irrthum z. B. der Umstand, dass er mit Rücksicht auf den Umfang seines Geschäfts nicht zur Führung von Handelsbüchern oder nicht zur Führung eines bestimmten Buches verpflichtet zu sein glaubte, die Unterlassung nach § 59 R.-St.-G.-B. entschuldigen.[4]) Auch die Thatsache, dass der Kaufmann nicht die Fähigkeit besitzt, Bücher zu führen, entschuldigt nicht und ebensowenig wird ein Gesellschafter dadurch von der ihm obliegenden Verpflichtung befreit, dass ein anderer Gesellschafter die Buchführung übernommen hat.[5]) Ob die Verpflichtung zur Führung von Handelsbüchern begründet ist, hat übrigens der Strafrichter ganz selbständig zu entscheiden und ist in dieser Beziehung an etwa ergangene Urtheile des Civilrichters nicht gebunden.

5.

Vernichtung, Verheimlichung, Veränderung u. s. w. von Handelsbüchern.

(Nr. 4.)

In Nr. 4 wird nicht vorausgesetzt, dass der Beschuldigte zur Führung von Handelsbüchern gesetzlich verpflichtet war. Vielmehr begründen die im Gesetz vorgesehenen Handlungen auch dann die Strafbarkeit, wenn es der Führung der Bücher gar nicht bedurft hätte, deren Vernichtung u. s. w. in Frage

[1]) V. hiezu Oppenhof § 281 Nr. 48—54; Pezold ebendas. Nr. 15; ferner Hahn, Kommentar zum H.-G.-B. Art. 10 Bd. I. S. 44 ff.

[2]) V. Erk. des preuss. Obertrib. vom 18. Juli 1872, R. d. O. Bd. 13 S. 429 ff.

[3]) V. Oppenhof § 281 Nr. 56. Von Völderndorff § 209 Bem. 1 II. Bd. II. S. 636. A. M. sind Hahn § 281 Nr. 10; Pezold ebendas. Nr. 37 unter Berufung auf ein Erk. des O.-A.-G. Jena.

[4]) V. Erk. des pr. Obertrib. vom 20. April 1876, R. d. O. Bd. 17 S. 275.

[5]) V. Erk. des preuss. Obertrib. vom 19. April 1861, 25. Febr. und 18. Mai 1866, 2. Juni 1871, 27. Jan. 1875 und 4. Dez. 1877, R. d. O. Bd. I. S. 356, Bd. VII. S. 124 und 306, Bd. XII. S. 300, Bd XVI. S. 88 und Bd. XVII. S. 275.

steht.[1]) Die Vernichtung eines Handelsbuchs erscheint nicht als strafbar, wenn eine wortgetreue Abschrift von demselben gefertigt und fortgeführt worden ist. In diesem Falle ist die Uebersicht über den Vermögensstand nicht beinträchtigt und die Absicht einer Benachtheiligung der Gläubiger ausgeschlossen.[2]) Eine Verheimlichung kann auch in der zeitweisen Vorenthaltung eines Buchs gefunden werden.[3]) Bei der Frage, ob die unordentliche Führung oder Veränderung der Bücher bewirkt hat, dass dieselben keine Uebersicht des Vermögensstandes gewähren, wird in der Regel die Absicht des Schuldners im Vordergrunde stehen. Soweit die Beschaffenheit der Bücher in Frage ist, kommt es übrigens nicht darauf an, ob der Beschuldigte selbst daraus einen genügenden Ueberblick erlangen konnte, sondern ob die Bücher auch einem sachverständigen Dritten die erforderliche Uebersicht gewährten.[4]) Diese Uebersicht muss sich auf die ganze Vermögenslage erstrecken. Desshalb ist es erforderlich, dass auch sogen. Gefälligkeits-Accepte und Wechselkommissionsgeschäfte in die Bücher eingetragen werden.[5]) Ebenso müssen die Wechsel, welche nicht das Geschäft, sondern das Privatvermögen eines Kaufmannes betreffen, gebucht werden.[6])

III.
Einfacher Bankerutt.
(§ 210.)
1.
Allgemeine Voraussetzungen.

Damit der Thatbestand des vollendeten einfachen Bankerutts vorliegt, wird ebenso wie bei dem betrüglichen Bankerutt vorausgesetzt, dass über das Vermögen des Beschuldigten der Konkurs eröffnet worden ist oder derselbe seine Zahlungen eingestellt hat. (Bem. II. 1.) Dagegen ist es hier nicht erforderlich, dass derselbe die Absicht hatte, durch die von ihm vorgenommenen Handlungen seine Gläubiger zu benachtheiligen. Ein besonderer strafrechtlicher Dolus wird nicht vorausgesetzt, und ebensowenig bedarf es des Nachweises einer besonderen Fahrlässigkeit. Die im § aufgezählten Handlungen und Unterlassungen werden bestraft, weil sie nach der Auffassung des Gesetzes einen strafbaren, die Rechte der Gläubiger gefährdenden Leichtsinn enthalten. Ob diese Auffassung im

[1]) V. Erk. des preuss. Obertr. vom 4. April 1855, Entscheid. Bd. 30 Nr. 55 S. 364 ff.; ferner Oppenhof § 281 Nr. 58; Hahn ebendas. Nr. 12; Pezold ebendas. Nr. 38. A. M. ist von Völderndorff § 281 Bem. m. Bd. II. S. 637.

[2]) V. Erk. des pr. Obertrib. vom 10. Mai 1872, R. d. O. Bd. 13 S. 298.

[3]) V. Oppenhof § 281 Nr. 59.

[4]) V. Erk. des pr. Obertrib. vom 30. Juni 1871, R. d. O. Bd. 12 S. 358; ferner Oppenhof § 281 Nr. 63; Hahn ebendas. Bem. 14; Pezold ebendas. Nr. 40.

[5]) V. Erk. des pr. Obertrib. vom 17. Juli 1863 und vom 4. Juni 1869, R. d. O. Bd. IV. S. 14 ff. und Bd. X. S. 398 ff.

[6]) V. Erk. des pr. Obertrib. vom 25 April 1872, R. d. O. Bd. 13 S. 273.

einzelnen Falle immer zutrifft und insbesondere den Anschauungen des Kaufmannsstandes entspricht, darauf kommt es nicht an.[1])

2.

Verbrauch oder Schuldigwerden übermässiger Summen durch Aufwand, Spiel oder Differenzhändel.

(Nr. 1.)

Durch die Vorschrift der Nr. 1 sollen diejenigen Schuldner betroffen werden, welche übermässige Ausgaben gemacht und dadurch ihre Gläubiger geschädigt haben. Es wird jedoch keineswegs vorausgesetzt, dass die Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung durch diese Ausgaben verursacht worden ist.[2]) Ob „übermässige" Ausgaben gemacht wurden, ist eine Thatfrage, welche im einzelnen Fall mit Rücksicht auf die Vermögensverhältnisse des Schuldners beantwortet werden muss. Es ist jedoch erforderlich, dass diese Ausgaben durch Aufwand, Spiel oder Differenzhändel veranlasst worden sind. Wurden durch unglückliche Spekulationen u. s. w. grössere Ausgaben erforderlich, so wird dadurch der Thatbestand des § nicht hergestellt. Ein „Aufwand", welcher unter die Vorschrift des § fällt, kann übrigens auch in übermässigen Ausgaben für an sich berechtigte Zwecke gefunden werden und es braucht derselbe sich nicht nothwendig in Ausgaben für rein persönliche Zwecke geäussert zu haben. Auch übermässige Ausgaben für geschäftliche Zwecke (z. B. Reisekosten, Bewirthung von Geschäftsfreunden) können die Strafbarkeit begründen.[3]) Die Worte „mit Waaren oder Börsenpapieren" sind auf das Wort „Spiel" nicht mitzubeziehen, durch welches keineswegs, jedenfalls nicht ausschliesslich, das „Börsenspiel" getroffen werden soll. Jedes Spiel, auch das Hazardspiel oder gewöhnliche Karten- oder Würfelspiel fällt, wenn es übermässige Ausgaben veranlasst, unter die Vorschrift des Gesetzes.[4]) Es wird aber hier wie bei den Differenzgeschäften immer vorausgesetzt, dass das Spiel Verluste mit sich führte. Ist dies nicht der Fall, oder hat der Schuldner sogar im Spiel mehr gewonnen als verloren, so sind durch dasselbe überhaupt keine, also auch keine übermässigen Ausgaben entstanden. Gewagte Unternehmungen begründen an sich nicht die Strafbarkeit des Schuldners, sondern nur dann, wenn sie als „Spiel- oder Differenzhändel" anzusehen sind. Was die Differenzhändel anbelangt, so gehört zum Begriff derselben, dass es sich gar nicht oder nur scheinbar um einen wirklichen Kauf bezw. eine Lieferung, sondern in Wirklichkeit bloss um die Zahlung der sich am Verfalltag ergebenden Differenz handelte. Es genügt aber, dass von Seite des Schuldners nur ein Differenzgeschäft beab-

[1]) V. hiezu Erk. des pr. Obertrib. vom 25. Febr. und 7. Nov. 1866, vom 13. Nov. 1868 und vom 4. Dez. 1877, R. d. O Bd. 7 S. 124 und 608, Bd. 9 S. 635 und Bd. 18 S. 765; ferner Oppenhof § 283 Nr. 2; Hahn ebendas. Anm. 2; Pezold ebendas. Nr. 2.

[2]) Erk. des preuss. Obertrib. vom 13. Nov. 1868, R. d. O. Bd. 9 S. 635.

[3]) Erk. des preuss. Obertr. vom 4. Mai 1870, R. d. O. Bd. 11 S. 281.

[4]) V. Oppenhof § 283 Nr. 6.

sichtigt war, und es wird auch die Strafbarkeit dadurch nicht ausgeschlossen, dass dieser von vornherein ein ernstliches Lieferungsgeschäft beabsichtigte. Wenn dasselbe später in einen Differenzhandel umgewandelt wurde, liegt die Sache vielmehr ebenso, als wenn ein solcher von vornherein beabsichtigt gewesen wäre.[1])

3.

Zuwiderhandlung gegen die Vorschriften über die Führung von Handelsbüchern.

(Nr. 2.)

Bezüglich der Vorschrift in Nr. 2 ist auf die Bem. II. 4 und II. 5 zu verweisen, da deren Bestimmungen im Allgemeinen den Vorschriften in § 209 Nr. 3 und 4 entsprechen. Es wird jedoch hier, auch wenn es sich um die Vernichtung, Veränderung u. s. w. eines Handelsbuches handelt, vorausgesetzt, dass der Schuldner zur Führung desselben gesetzlich verpflichtet war. Der Umstand, dass derselbe sich hinsichtlich seiner Verpflichtung zur Führung von Handelsbüchern in einem Rechtsirrthum befand, oder die zur Buchführung erforderlichen Kenntnisse nicht besass, kann denselben auch hier nicht entschuldigen. (Bem. II. 4.)

4.

Unterlassung der Bilanzziehung.

(Nr. 3.)

Unter der Bilanz, welche von jedem Vollkaufmann jährlich angefertigt werden muss, ist derjenige Abschluss zu verstehen, welcher das Verhältniss des Aktivvermögens zu den vorhandenen Schulden erkennen lässt. (Art. 29 H.-G.-B.) Dieselbe muss sich sonach auf die ganze Vermögenslage erstrecken und, wie alle Bestandtheile des Aktivvermögens, so auch alle Schulden, einschliesslich der Privatschulden, umfassen. Damit den Anforderungen des Gesetzes genügt ist, muss die Bilanz in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise (Art. 29 ff. H.-G.-B.) angefertigt worden sein. Ist die Bilanz an sich richtig auf Grund der Bücher gezogen und nur desshalb unrichtig, weil diese nicht ordentlich geführt worden

[1]) Das pr. Obertrib. hat zwar wiederholt erkannt, ein Differenzhandel könne auch dann angenommen werden, wenn die Absicht der Parteien auf wirkliche Lieferung der Waare und Zahlung des Kaufpreises gerichtet gewesen sei. V. Erk. vom 21. März 1861, 30. Jan. 1867, 7. Dez. 1870 und 17. April 1872, R. d. O. Bd. 2 II. S. 306, Bd. 8. S. 77 ff., Bd. 11 S. 590 und Bd. 13 S. 255 ff. Die diesen Erk. zu Grund liegende Auffassung ist aber mit dem Begriff des „Differenzhandels" nicht zu vereinbaren. Damit ein solcher anzunehmen ist, genügt es nicht, dass das Geschäft ein gewagtes ist, das grosse Verluste bringen kann, sondern es wird vorausgesetzt, dass gar nicht der Besitz der Waare sondern lediglich die Auszahlung der Differenz erstrebt wurde. V. auch Erk. des Obertrib. vom 21. März 1867 Bd. VIII. S. 196 ff.; Merkel in Holtzendorffs Handbuch Bd. III. S. 825; Oppenhof § 283 Nr. 7 und die dort angeführten Schriftsteller.

sind, so kann jedoch nur auf Grund unordentlicher Buchführung (Nr. 2) nicht auf Grund der Nr. 3 gestraft werden.[1])

Die Bilanz muss auch dann alljährlich gezogen werden, wenn (nach Art. 29 H.-G.-B.) ein Inventar nur alle Jahre aufgenommen zu werden braucht. In dem Jahre, in welchem ein Inventar nicht errichtet wird, ist der Bestand des Waarenlagers unter Zugrundlegung der letzten Inventur nach einer allgemeinen Schätzung in die Bilanz aufzunehmen.[2]) Das Jahr, für welches die Bilanz gezogen werden muss, ist nicht das Kalenderjahr, sondern das mit Eröffnung des Geschäfts beginnende Betriebsjahr. Es muss hienach die Bilanz spätestens am Schlusse desjenigen Geschäftsjahrs gezogen werden, das mit dem Datum der früheren Bilanz begonnen hat. Der Kaufmann ist jedoch berechtigt, die Bilanz früher zu ziehen, und dann den Beginn des Geschäftsjahres in eine frühere Zeit zu verlegen. Hat ein Kaufmann in einem Jahre die Bilanz zu spät gezogen, so wird dadurch nicht entschuldigt, dass er nun im nächsten Jahr ebenfalls zu spät zieht. Nicht das Datum der früheren Bilanz, sondern der Abschluss des Geschäftsjahres ist bezüglich der Frage der Rechtzeitigkeit entscheidend.[3])

Dass die Bilanz vor Ablauf des Geschäftsjahres begonnen worden ist, genügt nicht; vielmehr steht die Nichtvollendung der Bilanz, ebenso wie der verspätete Beginn der Bilanzziehung der vollständigen Unterlassung derselben gleich.[4]) Durch den Eintritt eines neuen Gesellschafters wird der Lauf der Jahresfrist für die Anfertigung der Bilanz nicht unterbrochen, wenn dadurch nicht zugleich das Verhältniss zu den Gläubigern verändert wird.[5]) Ein Rechtsirrthum bezüglich der Verpflichtung zur Anfertigung der Bilanz entschuldigt nicht. Ebensowenig kann der Nachweis einer angeblichen Unmöglichkeit derselben oder eines entgegenstehenden Gebrauchs von der verwirkten Strafe befreien. (Bem. II. 4.) Das Unterlassen des Bilanzziehens während mehrerer Jahre begründet nur ein Vergehen. (Vorbem. 3. b.)[6])

§ 211.

Schulder, welche ihre Zahlungen eingestellt haben, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, werden mit Gefängniss bis zu zwei Jahren bestraft, wenn sie, obwohl sie ihre Zahlungsunfähigkeit kannten, einem

[1]) Erk. des preuss. Obertrib. vom 30. Juni 1872, R. d. O. Bd. 12 S. 358.

[2]) Erk. des preuss. Obertrib. vom 11. Sept. 1867, 22. Febr. 1872 und 17. April 1872, R. d. O. Bd. 8 S. 503, Bd. 13 S. 117 und 255.

[3]) Erk. des preuss. Obertrib. vom 16. Mai 1866, und vom 28. Febr 1868, R. d. O. Bd. 7 S. 302 und Bd. 9 S. 165.

[4]) V. Erk. des preuss. Obertrib. vom 2. Juli 1858, Entscheid. Bd. 39, Krim.-Sachen Nr. 56 S. 35.

[5]) Erk. des pr. Obertrib. vom 16. Mai 1866, R. d. O. Bd. 7 S. 302.

[6]) Erk. des preuss. Obertr. vom 6. Okt. 1874, R. d. O. Bd. 15 S. 613.

Gläubiger in der Absicht, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, eine Sicherung oder Befriedigung gewährt haben, welche derselbe nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte.

(E.: § 211. M.: 461. K.: 126; pr. K.-O. §§ 308. 340.)

Der § 211 entspricht im wesentlichen den §§ 308 und 340 der pr. K. und betrifft gleich diesen das strafbare Verhalten des Schuldners gegen einzelne seiner Gläubiger im Verhältniss zu den übrigen. Die Fassung desselben wurde der des § 23 Nr. 2 K.-O. angepasst. Es kommt jedoch nicht darauf an, ob auf Grund des Verhaltens des Schuldners wirklich die Anfechtung erfolgen kann. Hat der Schuldner, unter den im § aufgestellten Voraussetzungen, obgleich er seine Zahlungsunfähigkeit kannte, einem Gläubiger Sicherheit oder Befriedigung gewährt, so kann er auch dann bestraft werden, wenn die Handlung früher als zehn Tage vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag vorgenommen wurde, die Voraussetzungen der Anfechtung also nicht vorliegen. Andererseits bedarf es hier einer ausdrücklichen Feststellung der Absicht, einen Gläubiger vor den übrigen zu begünstigen, während dies nach § 23 Abs. 2 zur Begründung der Anfechtung nicht erforderlich ist.

Der Gläubiger, welcher eine ihm nicht zukommende Befriedigung oder Sicherstellung annimmt, obgleich er von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners Kenntniss hatte, wird in der K.-O. nicht mit Strafe bedroht, während die pr. K.-O. (in den §§ 309 und 341) den Abschluss von besonderen Verträgen zum Zweck der Begünstigung mit Strafe bedrohte und die derselben zu Grund liegende Auffassung dazu führen würde, wegen Verletzung des § 23 Nr. 2 auch den Gläubiger zu bestrafen. In dieser Beziehung wurde in den Motiven (461) bemerkt: „Die Vorschrift ist mit Recht in der Praxis als zu hart getadelt worden. Der Gläubiger verfolgt sein Recht; verletzt er dabei den Konkursanspruch der Uebrigen, so kann er wohl civilrechtlich unwirksam handeln, aber nicht bestraft werden; das ist um so einleuchtender, als es in dem einzelnen Falle oft schwierig genug sein wird, zu befinden, ob die Handlung, z. B. eine Annahme an Zahlungsstatt unter den Begriff einer unstatthaften Begünstigung zu bringen ist."

§ 212.

Mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer

1. im Interesse eines Schuldners, welcher seine Zahlungen eingestellt hat, oder über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, Vermögensstücke desselben verheimlicht oder bei Seite geschafft hat, oder

2. im Interesse eines solchen Schuldners, oder, um sich oder einem Anderen Vermögensvortheil zu verschaffen, in dem Verfahren erdichtete Forderungen im eigenen Namen oder durch vorgeschobene Personen geltend gemacht hat.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnissstrafe oder Geldstrafe bis zu sechstausend Mark ein.

(E.: § 212. M.: 461. K.: 126; R.-St.-G.-B. § 282).

1.

Durch die Vorschriften des §, welche mit denen des § 282 R.-St.-G.-B. bis auf den Umstand übereinstimmen, dass das Verbrechen auch im Interesse eines Nichtkaufmannes verübt werden kann, wird der Gefährdung des Publikums durch einen Dritten entgegengetreten. Dass die in Frage stehende Handlung in der Absicht vorgenommen sein muss, die Gläubiger zu benachtheiligen, ist im Gesetz nicht gesagt. In der Regel wird jedoch die Absicht, den Schuldner zu begünstigen, bezw. sich oder einem Anderen einen Vermögensvortheil zu verschaffen, mit jener Absicht zusammenfallen. Die Handlungen, welche der § mit Strafe bedroht, sind dieselben, von welchen in § 209 Nr. 1 und 2 gehandelt wird. Damit § 212 Anwendung finden kann, wird jedoch keineswegs vorausgesetzt, dass auch der Schuldner nach § 209 bestraft worden ist, oder bestraft werden kann. Vielmehr handelt es sich hier um eine selbständige Vorschrift, welche auch dann Platz greift, wenn dem Schuldner eine strafbare Handlung nicht zur Last fällt.[1]) Ist der Dritte als Theilnehmer an dem betrüglichen Bankerutt des Gemeinschuldners anzusehen, so ist er nicht nach § 212, sondern lediglich als Gehülfe nach § 209 und § 49 R.-St.-G.-B. zu bestrafen. (Bem. II. 3 zu §§ 209 ff.)

2.

Hinsichtlich der Handlungen, welche den Thatbestand des im § vorgesehenen Verbrechens bilden, ist im Allgemeinen auf Bem. II. 2 und 3 zu §§ 209 ff. zu verweisen. Zu beachten ist bezüglich der Nr. 2, dass das Gesetz nur solche Handlungen mit Strafe bedroht, welche „im Verfahren“ d. h. im Konkursverfahren vorgenommen wurden. Wurde die erdichtete Forderung nur bei aussergerichtlichen Vergleichsverhandlungen geltend gemacht, so ist die Anwendung des § ausgeschlossen. Es wird jedoch nicht vorausgesetzt, dass zur Zeit, als die Handlungen vorgenommen wurden, bereits der Konkurs eröffnet war, sondern es gehören auch solche Handlungen hierher, welche in dem auf Grund des § 97 erfolgten Verfahren stattgefunden haben. Dass die in Frage stehende Handlung, wenn der Konkurs auf Grund einer Zahlungseinstellung eröffnet wurde, nach derselben vorgenommen worden sein muss, ergibt sich hieraus von selbst.[2]) Damit

[1]) V. Oppenhof § 282 Nr. 1.

[2]) V. von Sarwey § 212 Bem. 4 S. 744; von Völderndorff ebendas. Bem. f. Bd. II. S. 654 ff.

eine Bestrafung erfolgen kann, wird unter allen Umständen vorausgesetzt, dass der Beschuldigte von der Thatsache, dass eine Zahlungseinstellung stattgefunden hat, bezw. dass der Konkurs eröffnet worden ist, Kenntniss hatte. Unkenntniss dieser Umstände schliesst die Bestrafung nach § 59 R.-St.-G.-B. aus.

§ 213.

Ein Gläubiger, welcher sich von dem Gemeinschuldner oder anderen Personen besondere Vortheile dafür hat gewähren oder versprechen lassen, dass er bei den Abstimmungen der Konkursgläubiger in einem gewissen Sinne stimme, wird mit Geldstrafe bis zu dreitausend Mark oder mit Gefängniss bis zu einem Jahre bestraft.

(E.: § 213. M.: 461. K.: 126.)

Durch § 213 wird das unlautere Verhalten im Konkursverfahren, das soweit geht, dass ein Gläubiger dem Gemeinschuldner oder anderen Personen gegen Gewährung besonderer vermögensrechtlicher Vortheile seine Stimme verspricht, mit Strafe bedroht. „Der § beschränkt sich auf die Strafbarkeit eines sogen. Stimmkaufs, welche ein Korrelat ist zu der Möglichkeit, dass ein Gläubiger durch seine Abstimmung auf die Rechte der übrigen Gläubiger zwingend einwirkt; die Vorschrift musste daher, wenngleich sie bei einem Zwangsvergleich von besonderem Gewichte ist, allgemein jede verbindliche Beschlussfassung der Gläubiger decken.“ (M.: 461.) Durch die Vorschrift werden nur „Gläubiger“ betroffen; es wird also vorausgesetzt, dass dem Beschuldigten wirklich eine Forderung zusteht oder dass er eine solche wenigstens zu haben glaubte. Wenn sich jemand vom Gemeinschuldner als Strohmann aufstellen und durch eine Scheincession als Gläubiger legitimiren lässt, kann er auf Grund des § auch dann nicht bestraft werden, wenn er dafür vom Gemeinschuldner bezahlt wird, und dann in dessen Interesse abstimmt.[1]) Zum Thatbestand des Vergehens gehört einmal die Zusage des Gläubigers „in einem gewissen Sinne“ zu stimmen und dann die Annahme eines als Gegenleistung hiefür gewährten besonderen Vortheils, oder eines darauf gerichteten Versprechens. Dagegen ist nicht erforderlich, dass es auch wirklich zur Abstimmung kam, und wird ebensowenig der Nachweis vorausgesetzt, dass der Gläubiger ohne das Versprechen oder Gewähren des Vermögensvortheils anders abgestimmt haben würde. Die Zusage „in einem gewissen Sinne“ zu stimmen, liegt natürlich auch dann vor, wenn der Gläubiger versprochen hat, ein für allemal im Interesse des Gemeinschuldners, oder übereinstimmend mit einem

[1]) A. M. ist von Völderndorff § 213 Bem. II. S. 656 ff., der annimmt, der § sei ganz besonders auf sogen. Strohmänner anwendbar, welche zum Behufe von Abstimmungen zu Gläubigern gemacht würden.

gewissen Gläubiger abzustimmen. Dass der Gegenstand der Abstimmung speziell bezeichnet wurde, ist nicht erforderlich.[1])

Wegen der weitergehenden Strafbestimmungen, welche die pr. K.-O. bezüglich der Gläubiger enthielt, sind die Erörterungen zu § 211 zu vergleichen.

§ 214.

Die Strafvorschriften der §§ 209—211 finden gegen die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft und gegen die Liquidatoren einer Handelsgesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft, welche ihre Zahlungen eingestellt hat, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, Anwendung, wenn sie in dieser Eigenschaft die mit Strafe bedrohten Handlungen begangen haben.

(E.: § 214. M.: 461. 462. K.: 126.)

„Der § 214 schliesst sich den besonderen Bestimmungen über Handelsgesellschaften und Genossenschaften (§§ 193 ff.) an. Die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft sind nicht Schuldner oder Gemeinschuldner, sondern nur Vertreter derselben. Auf sie könnten daher die gegen Schuldner oder Gemeinschuldner selbst gerichteten Strafvorschriften der §§ 209—211 nicht unmittelbar Anwendung finden. Thatsächlich kann aber die Handlung eines Vorstandsmitgliedes dieselben Merkmale an sich tragen, welche die von einem Schuldner selbst begangene Handlungen als betrüglichen oder einfachen Bankerutt kennzeichnen oder unter den Thatbestand des § 211 stellen würden und rechtlich kann es dann nach Lage des Falles vielleicht auf das Maass der Strafe, nicht aber auf die Strafbarkeit von Einfluss sein, dass der Thäter die Handlung in seiner Eigenschaft als Vorstandsmitglied begangen hat. Die Handlung straffrei zu lassen, würde sowohl die Gläubiger der Gesellschaft oder Genossenschaft, als die Aktionäre und Genossenschafter der Leichtfertigkeit und den Umtrieben der Vorstandsmitglieder Preis gegeben haben. Die Strafvorschrift des § 212 würde nur den § 209 Nr. 1 und theilweise die Nr. 2 desselben decken. Dasselbe Bedürfniss einer Ausdehnung der §§ 209—211 zeigte sich gegenüber Liquidatoren und zwar nicht bloss einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft, sondern auch einer offenen oder Kommanditgesellschaft, sofern bei letzterer die Liquidatoren nicht schon die Schuldner selbst sind. Dagegen waltet ein gleiches Bedürfniss bei anderen Vertretern physischer oder juristischer Personen nicht ob; gegen sie reichen der § 212, sowie die Bestimmungen des Strafgesetzbuchs über Betrug, Unterschlagung oder strafbaren Eigennutz u. s. w.

1) V. auch von Völderndorff § 213 Bem. IV. und V. S. 657 ff.

aus. Die letzteren erübrigten auch die Aufnahme sonstiger Strafvorschriften, welche einzelne Landesgesetze ausser den erwähnten enthalten." (M.: 462.) Hat sich der Vorstand einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft einer nach § 214 strafbaren Handlung schuldig gemacht, so wird die Strafbarkeit nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Aufsichtsrath oder die Generalversammlung diese Handlung gebilligt, oder sogar deren Vornahme beschlossen hat. Der Vorstand darf solche Handlungen nicht vornehmen und wird dadurch, dass ihm Andere zugestimmt oder ihn zu seinen Handlungen veranlasst haben, von seiner Verantwortlichkeit nicht befreit.[1])

Soweit es sich um Kommanditgesellschaften bezw. Kommanditgesellschaften auf Aktien handelt, kommt § 214 nur insofern zur Anwendung, als Liquidatoren in Frage stehen. Die persönlichen Gesellschafter sind ebenso wie die Theilhaber einer offenen Handelsgesellschaft selbst Schuldner; ihre Strafbarkeit bemisst sich also ohne Weiteres nach den §§ 209—211.

[1]) V. auch von Völderndorff § 214 Bem. i. S. 659.

GESETZ,

betreffend die Einführung

der

Konkurs-Ordnung.

§ 1.

Die Konkursordnung tritt im ganzen Umfange des Reichs gleichzeitig mit dem Gerichtsverfassungsgesetze in Kraft.

§ 2.

Gesetz im Sinne der Konkursordnung und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm.

(E.: §§ 1 und 2. M.: 463. K.: 133.)

1.

Bezüglich des Inkrafttretens des G.-V.-G. ist in § 1 des E.-G. zu demselben bestimmt worden, dass dasselbe an einem durch kaiserl. Verordnung zu bestimmenden Tage, spätestens aber am 1. Oktober 1879 erfolgen solle. Dieser letztere Tag ist dann auch festgehalten worden.

2.

In § 2 wird der Ausdruck „Gesetz" in gleicher Weise wie in § 7 des E.-G. zur St.-P.-O. und in § 12 des E.-G. zur C.-P.-O. erläutert. In der Reichstagskommission (133) wurde von Goldschmidt in zutreffender Weise bemerkt: „unter Rechtsnorm sei das aus objektiver Rechtsquelle fliessende Recht, also sowohl Gesetzes- wie Gewohnheitsrecht zu verstehen." Im Uebrigen ist auf den Kommentar zur C.-P.-O. (§ 12 E.-G. und Bem. III. zu §§ 511 ff.) zu verweisen.

§ 3.

Die den Konkurs betreffenden Vorschriften der Reichsgesetze werden durch die Konkursordnung nicht berührt.

Aufgehoben werden:

1. die Vorschriften des § 51 des Gesetzes, betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, vom 4. Juli 1868, sowie die im § 48 desselben Gesetzes bestimmte Zuständigkeit des Handelsgerichts;
2. die Vorschriften der §§ 13—18 des Gesetzes, betreffend die Gewährung der Rechtshülfe, vom 21. Juni 1869;
3. die Vorschriften der §§ 281—283 des Strafgesetzbuchs.

Der Artikel 80 der Wechselordnung wird dahin abgeändert, dass die Verjährung auch nach Massgabe des § 13 der Konkursordnung unterbrochen wird.

Die Verjährung zu Gunsten eines zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens ausgeschiedenen oder ausgeschlossenen Genossenschafters (§ 64 Abs. 1 des Gesetzes vom 4 Juli 1868) wird auch durch Anmeldung der Konkursforderung unterbrochen.

(E. § 3. M.: 463—467. K.: 133. 134.)

I.

Allgemeiner Grundsatz.

(Abs. 1.)

In § 3 wird im Anschluss an § 13 des E.-G. zur C.-P.-O. und an § 5 des E.-G. zur St.-P.-O. die Methode befolgt, das Verhältniss der K.-O. zu denjenigen Reichsgesetzen, welche Vorschriften über Konkursrecht oder Konkursverfahren enthalten, ausdrücklich festzusetzen und zwar wird auch hier die Regel aufgestellt, dass reichsgesetzliche Bestimmungen dieser Art durch die K.-O. nicht berührt werden. (V. auch die Erläuterungen zum E.-G. zur C.-P.-O. § 13, Bem. I.) Zu den hienach in Kraft gebliebenen Vorschriften, welche sich auf den Konkurs beziehen, gehören:

1. Die Verordnung vom 29. Dezember 1867, betr. die Einführung des preuss. Militärstrafrechts, Beilage B. § 41 Abs. 1 (B.-G.-Bl. S. 185 ff., 297), nach welcher in Konkursen über das Vermögen von Militärpersonen das Konkursgericht die Thatsachen, welche auf einen strafbaren Bankerutt schliessen lassen, dem zuständigen Militärgerichte mittheilen muss;

2. § 11 Abs. 2 des Gesetzes betr. die Kautionen der Reichsbeamten vom 2. Juni 1869 (B.-G.-Bl. S. 161), nach welchem das Reich nicht verpflichtet ist,

die von einem solchen Beamten zum Zweck der Kautionsstellung verpfändeten Werthpapiere im Falle eines Konkurses an die Konkursmasse auszuliefern;

3. § 3 Nr. 2 und § 4 des Wahlgesetzes für den Reichstag vom 31. Mai 1869 (B.-G.-Bl. S. 145), nach welchen Personen, über deren Vermögen der Konkurs eröffnet wurde, weder in den Reichstag wählen, noch in denselben gewählt werden dürfen;

4. § 83 Nr. 3 und § 86 der Gewerbe-Ordnung von 21. Juni 1869 (B.-G.-Bl. S. 245), nach welchen solchen Personen der Eintritt in eine Innung versagt und ebenso der Ausschluss aus derselben erfolgen kann;

5. § 20 Z. 2 des Reichsbeamtengesetzes vom 31. März 1873 (R.-G.-Bl. S. 64), welcher das Vorzugsrecht des Reichs im Konkurse von Reichsbeamten regelt, denen bezüglich einer Kassen- oder Vermögensverwaltung ein Defekt zur Last fällt;

6. § 29 der deutschen Wechsel-Ordnung, welcher bestimmt, dass der Konkurs über den Acceptanten den Regress auf Sicherstellung begründet;

7. Die §§ 34 Nr. 3, 37, 52—61, 66 und theilweise auch § 48 des Genossenschaftsgesetzes vom 4. Juli 1868 (B.-G.-Bl. S. 415 ff.; v. auch § 195 Abs. 1 K.-O. und Bem. II. 1).

8. Ausserdem bleiben unberührt die auf den Konkurs bezüglichen Bestimmungen des H.-G.-B., von welchen insbesondere zu erwähnen sind die Art.: 40, 122, 123, 133, 169, 170, 200, 201, 240, 242, 258, 259, 261, 313—315, 374, 375, 382, 409—412, 472, 476, 624, 629, 675, 727, 733, 757, 758, 893 und 903.

2.

Bezüglich der letzterwähnten Vorschriften des H.-G.-B. wurde in den Motiven (464, 465) bemerkt: „Die Vorschrift desselben in Art. 40, dass die Mittheilung der Handelsbücher im Konkurse gerichtlich verordnet werden kann, wird durch die §§ 67, 107, 112 Abs. 2 der K.-O. gedeckt; nach den letzten kann die Mittheilung nicht bloss angeordnet werden; sie muss auch ohne Anordnung erfolgen. — Der § 20 der K.-O. wahrt die eine Aufhebung der Handelsgesellschaften, der Rhederei und der Seeversicherung betreffenden Vorschriften der Art. 123 Nr. 1 und 3, 170 Abs. 2, 200, 242 Nr. 3, 261 Nr. 3, 472 Abs. 2, 476 und 903 des H.-G.-B. — Die durch Art. 240 Abs. 2 dem Vorstande einer Aktiengesellschaft zur Pflicht gemachte Anzeige einer Insuffizienz entspricht der Voraussetzung des § 193 Abs. 1 K.-O.; die Strafvorschrift des § 249a bleibt neben den Strafbestimmungen der K.-O. in Kraft. — Die Artikel 258, 259 betreffen das Rechtsverhältniss des stillen Gesellschafters im Konkurse des Inhabers des Handelsgewerbes. Art. 258 ist schon in den Motiven zu § 44 (S. 225) besprochen worden. Art. 259 gestattet die Anfechtung der innerhalb eines Jahres vor der Konkurseröffnung, bei oder ohne Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses, an den stillen Gesellschafter erfolgten Zurückzahlung der Einlage oder eines in diesem Zeitraume geschehenen Erlasses seines Verlustantheils; die Anfechtung wird beseitigt durch den Beweis des stillen Gesellschafters, dass der Konkurs in Umständen seinen Grund hat, welche erst nach dem Zeitpunkte der Auflösung, der Zurückzahlung oder des Erlasses eingetreten sind. Die Vorschrift bezweckt,

das Anfechtungsrecht der Konkursgläubiger zu erweitern, um diesen neben einem sonst etwa bestehenden Anfechtungsrechte zur Auswahl zu dienen. (V. Lutz: Protokolle S. 1096, 1159, 1167—1170, 4554—4559, 4650; Hahn: Kommentar (2. Ausgabe) Bd. I. S. 693.) Wird sie aufrecht erhalten, so kann der stille Gesellschafter zur Entkräftung einer aus § 25 Nr. 1 K.-O. hergeleiteten Anfechtung eines Erlasses sich nicht auf den in Art. 259 gestatteten Gegenbeweis berufen. Die beiden Anfechtungsarten können neben einander bestehen bleiben. Die Anfechtung einer Zurückzahlung der Einlage auf Grund des § 259 verträgt sich mit dem Gesichtspunkt des § 23 Nr. 2 der K.-O.; der letztere setzt einen kürzeren Zeitraum der Anfechtbarkeit fest und verlangt statt des Gegenbeweises der späteren Entstehung der Zahlungsunfähigkeit den Gegenbeweis, dass der stille Gesellschafter den Ausbruch der Zahlungsunfähigkeit und eine dolose Absicht des Gemeinschuldners nicht gekannt habe. Die Motive zum § 23 Nr. 2 legen zwar dar, dass und aus welchen Gründen an diesem Gegenbeweise und an der in § 23 geschehenen Fixirung des Zeitraums im Allgemeinen festgehalten werden muss. Das eigenthümliche gesellschaftliche Element in dem Verhältnisse eines stillen Gesellschafters rechtfertigt es aber, diesem gegenüber den längeren Zeitraum bestehen und ohne jene Kenntniss das vorgängige Entstehen der Zahlungsunfähigkeit entscheiden zu lassen. — Der im Art. 122 (169) des H.-G.-B. der Landesgesetzgebung gemachte Vorbehalt, den Privatgläubigern des in Konkurs verfallenen Gesellschafters einer offenen oder Kommanditgesellschaft in Bezug auf dessen Privatvermögen ein Absonderungsrecht zu gewähren, wird, insoweit die Landesgesetze bisher von dem Vorbehalte Gebrauch gemacht haben, durch § 4 E.-G. und für die Zukunft durch § 3 Abs. 1 der Konkurs-Ordnung beseitigt. — Das in den Art. 313—315 des H.-G.-B. normirte kaufmännische Zurückbehaltungsrecht, das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs aus Art. 374, 375, des Spediteurs aus Art. 382, des Frachtführers in Gemässheit der Art. 409—412, des Verfrachters nach Massgabe der Art. 624—629, 675, der Vergütungsberechtigten im Falle grosser Haverey aus Art. 727 (733) und der Schiffsgläubiger gemäss Art. 758, 759, 761 ff., sowie das Pfand- und Zurückbehaltungsrecht der Gläubiger wegen Borgungs- und Hülfekosten nach Art. 753 (v. §§ 20, 21 der Strandungs-Ordnung R.-G.-Bl. 1874 S. 73) und des Versicherungsnehmers aus Art. 893 werden durch § 41 Nr. 8 der K.-O. ausdrücklich aufrechterhalten. Sonach bedurfte es nirgends einer konservirenden oder derogirenden Spezialbestimmung in Betreff des Handelsgesetzbuchs.“ In der Reichstagskommission wurde bezüglich des Art. 259 H.-G.-B. einestheils bezweifelt, ob dessen Aufrechterhaltung, die ohne Kenntniss der Motive auch nicht leicht erkennbar sei, überhaupt als nothwendig erscheine, andererseits aber das Bedenken ausgesprochen, daraus, dass Art. 259 spezielles Recht enthalte, könne geschlossen werden, dass die generellen Vorschriften der K.-O. überhaupt nicht gelten, soweit die Anfechtung eines der in Art. 259 erwähnten Akte in Frage sei. Der § wurde jedoch unverändert angenommen, nachdem Regierungsrath Hagens die in den Motiven enthaltene Auffassung ausführlich vertheidigt, und sodann der Geh. Oberjustizrath Herz noch bemerkt hatte: „In Bezug auf das Verhältniss zwischen Anfechtung aus Art. 259 H.-G.-B. und aus dem materiellen

Konkursrecht werde nur der gegenwärtige Rechtszustand konservirt, nach welchem beide Anfechtungsberechtigungen wahlweise neben einander bestehen, ohne sich aufzuheben. Auch nach bestehenden Konkursgesetzen sei eine Anfechtung unentgeltlicher Veräusserungen unabhängig von der in Art. 259 H.-G.-B. gedachten späteren Entstehung der Zahlungsunfähigkeit. Jedenfalls sei die Rückzahlung von Einlagen an den stillen Gesellschafter nicht immer unter den Gesichtspunkt der freiwilligen, unentgeltlichen Veräusserung zu bringen, dieser Fall des Art. 259 werde also nicht durch § 25 Nr. 1 gedeckt." (K.: 133, 134.) Diesen Ausführungen kann einfach beigetreten werden.

II.
Reichsgesetzliche Vorschriften, welche durch die Konkurs-Ordnung beseitigt werden.

(Abs. 2 Nr. 1—3.)

1.

„Eine Ausnahmsvorschrift erheischte das Gesetz betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften vom 4. Juli 1868 (B.-G.-Bl. S. 415). Zwar nicht § 34 Nr. 3 desselben, vielmehr wird die hier vorgesehene Auflösung der Genossenschaft durch Eröffnung des Konkurses zufolge § 20 der Konkurs-Ordnung aufrechterhalten; ebensowenig die in § 48 des Gesetzes vorgeschriebene Herbeiführung der Konkurseröffnung, welche die Konkurs-Ordnung in § 195 Abs. 1 in Bezug nimmt; noch die instruktionelle Vorschrift des § 37 des Gesetzes, welche neben § 104 der Konkurs-Ordnung bestehen bleiben kann; noch endlich die, das ausserhalb des Konkursverfahrens liegende, von der K.-O. daher nicht berührte Umlageverfahren regelnden Vorschriften der §§ 52—61. Aber schon die in § 48 des Gesetzes bestimmte Zuständigkeit des Handelsgerichts verträgt sich nicht mit der Bestimmung des § 64 K.-O., welche das Konkursverfahren ausschliesslich den Amtsgerichten zuweist; der § 48 bedurfte insoweit einer Abänderung. Und völlig aufzuheben war § 51 des Gesetzes, welcher in Ermangelung einer einheitlichen Konkursgesetzgebung Normativbestimmungen für den Konkurs zusammengestellt hat, die mit den einheitlichen Vorschriften der K.-O. nicht völlig im Einklang stehen. Letztere treten an die Stelle des § 51 und greifen desshalb auch für den auf § 51 verweisenden § 12 des Gesetzes Platz. Dass endlich die Disziplinarvorschrift des § 66 im Falle der Verletzung des § 48 bestehen bleibt, und dass umgekehrt die in § 54 Abs. 2 festgesetzte Zuständigkeit der Rathskammer durch das G.-V.-G. in Wegfall kommt, wird nicht zu bezweifeln sein." (M.: 465.) Bezüglich des § 54 des Gen.-Ges. bemerkte Regierungsrath Hagens noch in der Reichstagskommission (134), desselben sei im E.-G. nicht Erwähnung geschehen, weil er sich gar nicht auf den Konkurs beziehe.

2.

Dass die §§ 13—18 des Rechtshülfegesetzes, das für die Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen, welche nicht vor die ordentlichen Gerichte gehören, auch fernerhin seine Bedeutung behält, aufgehoben worden sind, wurde in den Motiven (465, 466) ausführlich gerechtfertigt. Es wurde zunächst hervorgehoben,

dass die Vorschriften der §§ 13, 14 und 15, sowie Abs. 2 des § 17 und Abs. 1 des § 18 durch die K.-O. von selbst ihre Bedeutung verlieren. Sodann wurde bemerkt: „Anders als mit den bisher genannten, durch die K.-O. erübrigten §§ verhält es sich mit dem ersten Absatz des § 16 und des § 17, sowie dem zweiten Absatz des § 18. Der § 16 ermächtigt die Vindikanten und die Absonderungsgläubiger, solange die Sache noch nicht abgeliefert ist, ihre Rechte bei dem Gerichte der belegenen Sache — also nicht bei dem Gerichte am Orte des Konkurses, geltend zu machen und § 18 Abs. 2 schreibt die Eröffnung eines Spezial- oder Partikularkonkurses an dem Orte vor, an welchem das abzuliefernde Vermögen sich befindet. Diese Vorschriften durften nicht bestehen bleiben. Der besondere Gerichtsstand für bewegliche Sachen in Gemässheit des § 16 verträgt sich sowenig mit den Grundsätzen der K.-O., wie mit denen der C.-P.-O. und soweit ein Partikularkonkurs überhaupt noch von der K.-O. anerkannt wird, muss derselbe dort, wo diese es vorschreibt, eröffnet werden. Wenn ferner § 17 Abs. 1 bestimmt, dass Gläubiger, die sich kraft eines Pfand- oder Retentionsrechts in dem Besitze eines abzuliefernden Vermögenstücks befinden, in keinem Falle — also auch nicht in dem Falle, dass ihnen ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung (§ 15 Nr. 2) nicht zusteht, verpflichtet seien, vor ihrer Befriedigung das Vermögensstück zur Konkursmasse abzuliefern, so entspricht dies zwar betreffs der von der K.-O. anerkannten Absonderungsrechte den Bestimmungen derselben; es könnte aber aus der ausgesprochenen Regel, dass die konkursrechtlichen Vorschriften der Reichsgesetze unberührt bleiben, der falsche Schluss gezogen werden, dass jenes Zurückbehaltungsrecht aus § 17 Abs. 1 auch den Pfandgläubigern und Retentionsberechtigten gesichert sei, denen fortan ein Absonderungsrecht im Konkurs versagt ist. Es empfahl sich daher die §§ 13—18 des Rechtshülfegesetzes als theils überflüssig, theils unzuträglich ausdrücklich aufzuheben."

3.

Die Vorschriften der §§ 281—283 R.-St.-G.-B. sind nach Inhalt und Fassung vollständig von den §§ 209, 210, 212 der K.-O. aufgenommen worden, sie konnten daher auch nicht formell neben der letzteren in Kraft bleiben.

III.

Vorschriften, welche eine Abänderung erleiden.

(Abs. 3 und 4).

1.

Die in Abs. 3 enthaltene Vorschrift ist eine Folgerung aus dem in § 13 aufgestellten Grundsatze. Der unbedingten Vorschrift des Art. 80 W.-O. gegenüber, dass die Wechselverjährung nur durch Klagebehändigung oder Streitverkündung unterbrochen werde, musste ausgesprochen werden, dass auch die Wechselverjährung durch die Anmeldung der Forderung unterbrochen wird. (V. auch Bem. 1 zu § 13.)

2.

Bezüglich der Bestimmung des Abs. 4 ist auf die Bem. 4 zu §§ 195 ff. zu verweisen. Dieselbe wurde zunächst als § 197a beschlossen, dann aber in das E.-G. verwiesen. (K.: 201, 202.)

§ 4.

Aufgehoben werden die Vorschriften der Landesgesetze über Konkurs-, Falliments-, Gant-, Debit-Verfahren, über gerichtliche, zur Abwendung oder Einleitung eines solchen Verfahrens dienende Stundungs- und Nachlassverhandlungen, konkursmässige Einleitungen, Vermögensuntersuchungen, über die Rechtswohlthat der Güterabtretung und die landesherrliche oder gerichtliche Bewilligung einer allgemeinen Zahlungsstundung, sowie über das Konkursrecht, insoweit nicht in der Konkursordnung auf dieselben verwiesen oder bestimmt ist, dass sie nicht berührt werden.

Aufgehoben werden die Strafvorschriften, welche rücksichtlich des Konkurses in den Landesgesetzen enthalten sind.

§ 5.

Unberührt bleiben:

1. die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Lehen, Stammgüter oder Familienfideikommisse betreffen;
2. die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Nichtbefolgung der Vorschriften über die Anzeige des zwischen dem Gemeinschuldner und seinem Ehegatten bestehenden Güterrechts unter Strafe stellen.

(E.: §§ 4 und 5. M.: 467—469. K.: 134. 202—204.)

I.

Aufhebung landesgesetzlicher Bestimmungen.

(§ 4.)

1.

„Zu dem Landesrechte nimmt die K.-O. eine wesentlich andere Stellung ein, als zu dem Reichsrechte. Sie absorbirt alle landesrechtlichen Vorschriften, welche in dem Bereich einer K.-O. fallen. Desshalb mussten, soweit nicht ausdrücklich auf dieselben in der K.-O. verwiesen oder von ihr ausgesprochen wird, dass dieselben unberührt bleiben sollen (v. §§ 20, 35, 39, 43, 45, 106, 116, 180), nicht bloss die mit der K.-O. in Widerspruch stehenden, sondern auch solche auf den Konkurs bezügliche Vorschriften des Landesrechts aufgehoben und für die Zukunft ausgeschlossen werden, welche nicht in die K.-O. aufgenommen

sind und an sich neben den Bestimmungen der letzteren bestehen könnten." (M.: 467.)

2.

Durch die im § verfügte Aufhebung, welche in gleicher Weise durch das E.-G. für die C.-P.-O. (§ 14) erfolgt ist, werden zunächst alle landesrechtlichen Vorschriften über das Verfahren betroffen, möge es den Namen Konkursverfahren oder einen anderen tragen. Den Bestimmungen über das Konkursverfahren selbst sind im Gesetz die Vorschriften gleichgestellt, welche sich auf die Einleitung oder Abwendung desselben beziehen. Insbesondere sind auch diejenigen Landesgesetze aufgehoben, welche es dem Schuldner gestatten, sich durch Güterabtretung von weiterer Verfolgung zu befreien, oder die Möglichkeit geben, allgemeine Zahlungsstundungen zu bewilligen. Die Befugniss zur Gewährung von Zahlungsfristen in einzelnen Prozessen ist durch das E.-G. zur C.-P.-O. (§ 14 Nr. 4) beseitigt.

Ausser den Verschriften über das Verfahren werden durch § 4 Abs. 2 auch die landesgesetzlichen Strafbestimmungen, welche sich auf den Konkurs beziehen, beseitigt, da der im E.-G. zum R.-St.-G.-B. (§ 2 Abs. 3) gemachte Vorbehalt durch das Inkrafttreten der K.-O. erledigt worden tis. (Vorbem. 1 zu §§ 209 ff.) „Der Aufhebung unterliegen endlich die materiellen Vorschriften der Landesgesetze über Konkurs, gleichviel ob dieselben in Konkurs-Ordnungen, Prozessgesetzen, bürgerlichen Gesetzbüchern oder in anderen Rechtsquellen enthalten sind — das sogen. Konkursrecht. Der Ausdruck hat eine feste Bedeutung erlangt. Er begreift die Bestimmungen in sich über die rechtlichen Voraussetzungen für eine Konkurseröffnung und die Wirkungen der letzteren im Verhältniss zu dem Gemeinschuldner, den einzelnen Gläubigern, den Schuldnern des Kridars und zu dritten Personen; andererseits umfasst er nur die Wirkung des Konkursverfahrens auf die von diesem unmittelbar betroffenen Rechtsverhältnisse, nicht aber die Einwirkung auf Rechtsverhältnisse, soweit diese oder die Wirkung ausserhalb des Bereichs eines Konkursverfahrens bleiben, also nicht z. B. die Rechte eines Aussonderungsberechtigten zu einem dritten Erwerber der Sache, die Rangverhältnisse verschiedener Absonderungsgläubiger, die Einwirkung des Konkurses des Hauptschuldners auf das Verhältniss des Gläubigers zu einem Bürgen u. s. w." (M.: 468.) Ob nach dem Vorgang des französischen und des belgischen Fallimentsgesetzes (Art. 550, bezw. 546) für das Gebiet des französischen Rechts der zweite Absatz der Nr. 4 des Art. 2102 Code civil ausdrücklich aufzuheben sei, wurde bei Aufstellung des Entwurfs erwogen. Es wurde jedoch hievon Abstand genommen. „Ist das Rückforderungsrecht des Verkäufers nur als ein aus der Konkurseröffnung folgendes obligatorisches Recht zur Auflösung des Kaufvertrages anzusehen, so fällt die Vorschrift als ein Theil des Konkursrechts und insbesondere als dem § 21 K.-O. widersprechend ohne ausdrückliche Aufhebung von selbst hinweg. Wird dagegen das Rückforderungsrecht als eine den Eigenthumsübergang auf den Käufer hemmende, auch ausserhalb des Konkurses geltende Bedingung aufgefasst, so würde eine Aufhebung der Vorschrift dem Grundsatze des § 35 K.-O. widersprochen. Die

Entscheidung über die Richtigkeit der einen oder anderen Auffassung war der Rechtsprechung zu überlassen.“ (M.: 468, 469.) (V. Bem. IV. 2 zu § 21.)

II.

Vorschriften, welche in Kraft bleiben.

(§ 5.)

„Von der Aufhebung mussten ausgenommen werden die landesrechtlichen Vorschriften:

1. über Lehen, Stammgüter und Familienfideikommisse. Gleichwie die K.-O. in § 45 ausdrücklich für die abgesonderte Befriedigung der Lehensgläubiger u. s. w. die Vorschriften der Landesgesetze für massgebend erklärt, so verlangte die abgesonderte und in sich geschlossene Natur dieser Rechtsinstitute allgemein, dass auch die sonstigen, dieselben betreffenden landesrechtlichen Vorschriften, welche dem Konkursverfahren und dem Konkursrecht angehören, namentlich also die Vorschriften über Lehenskompetenz, von den Bestimmungen der K.-O. unberührt bleiben;

2. über die Strafbarkeit einer nicht oder nicht vorschriftsmässig erfolgten Anzeige des zwischen dem Gemeinschuldner und seinem Ehegatten bestehenden Güterrechts.

Wo die Landesgesetze solche Strafbestimmungen erlassen haben (v. z. B. pr. E.-G. zum H.-G.-B. Art. 41, 52 § 2 Nr. 1; E.-G. zu demselben für Elsass-Lothringen Art. VII. Nr. 1 u. s. w.), hängen sie so eng mit dem ehelichen Güterrecht zusammen, und sind so erforderlich zum Schutze des Kredits, dass ihre Aufrechterhaltung neben den Strafbestimmungen der K.-O. geboten erschien.“ (M.: 469.)

In der Reichstagskommission wurde von Möring ein Antrag gestellt, nach welchem auch diejenigen landesgesetzlichen Vorschriften unter gewissen Beschränkungen aufrecht erhalten werden sollten, welche in einem weiteren Umfange als § 41 ein Zurückbehaltungsrecht zulassen und dem zur Zurückbehaltung Berechtigten das Recht auf abgesonderte Befriedigung gewähren. Dieser Antrag wurde aber abgelehnt. (K.: 202—204; v. auch Bem. II. 5 zu § 41.)

§ 6.

Die Bestimmungen der §§ 193, 194, 196, 214 der Konkursordnung finden auf Vereine und registrirte Gesellschaften, welche auf Grund der bayerischen Gesetze vom 29. April 1869, betreffend die privatrechtliche Stellung der Vereine sowie der Erwerbs- und Wirthschaftsgesellschaften, bestehen, entsprechende Anwendung.

(E.: § 6. M.: 469. 470. K.: 135.)

Die Vorschrift des § hat nur für Bayern Bedeutung. Dort wurden durch die Gesetze vom 29. April 1869 die Verhältnisse der „anerkannten Vereine" und der „registrirten Gesellschaften" (Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften mit beschränkter Haftbarkeit) in besonderer, von den übrigen Landesgesetzen abweichender, Weise geregelt. Auch wurde, als das Reichsgenossenschaftsgesetz vom 4. Juli 1868 in Bayern durch Gesetz vom 23. Juni 1873 (R.-G.-Bl. S. 146) eingeführt wurde, die Geltung der bayer. Gesetzgebung für die vor dem 1. Aug. 1873 eingetragenen „registrirten Gesellschaften" vorbehalten. „Die konkursrechtlichen Bestimmungen der bayerischen Gesetze konnten nicht nach der Regel des § 4 ohne Weiteres in Wegfall kommen; sie würden in der K.-O. keinen Ersatz gefunden haben. Es entsprach aber dem Vorbehalte des Reichsgesetzes vom 23. Juli 1873 und empfahl sich mit Rücksicht auf die Aufhebung des § 51 des Reichsgenossenschaftsgesetzes, formell, anstatt die konkursrechtlichen Vorschriften der gedachten Gesetze vom 29. April 1869 bestehen zu lassen, an deren Stelle die entsprechenden Bestimmungen der K.-O. zu setzen." (M.: 470.)

§ 7.

In Ansehung der Landesherren und der Mitglieder der landesherrlichen Familien sowie der Mitglieder der Fürstlichen Familie Hohenzollern finden die Bestimmungen der Konkursordnung nur insoweit Anwendung, als nicht besondere Vorschriften der Hausverfassungen oder der Landesgesetze abweichende Bestimmungen enthalten.

(E.: § 7. M.: 470. K.: 135.)

Die Vorschrift des § entspricht den Bestimmungen der E.-G. zum G.-V.-G., zur C.-P.-O. und zur St.-P.-O. (§§ 5 bezw. § 4). Bezüglich der an sich klaren Bestimmung ist noch auf die Erläuterungen zu § 5 des E.-G. zur C.-P.-O. zu verweisen.

§ 8.

Ein vor dem Tage des Inkrafttretens der Konkursordnung eröffnetes Konkursverfahren ist nach den bisherigen Gesetzen zu erledigen.

Der Landesgesetzgebung bleibt vorbehalten, die Konkursordnung auf die Erledigung der vor dem Inkrafttreten der Konkursordnung anhängig gewordenen Konkurssachen für anwendbar zu erklären und zu dem Zwecke Uebergangsbestimmungen zu erlassen.

(E.: § 8. M.: 470. K.: 135.)

Nach § 8 sind diejenigen Konkursverfahren, welche am 1. Oktober 1879 bereits eröffnet worden sind, nach dem bisher geltenden Recht zu erledigen, sofern die Landesgesetzgebung nichts Anderes bestimmt. „Für die Frage der Anwendbarkeit der K.-O. auf die Konkurssachen muss der Zeitpunkt der Eröffnung des Verfahrens entscheiden. Er fixirt die Rechtsverhältnisse und das zur Anwendung kommende Recht. Ein vor dem Inkrafttreten der K.-O. eröffnetes Verfahren ist nach den bisherigen Gesetzen durchzuführen und nach diesem sind die in dem Verfahren zur Erledigung gelangenden Rechtsverhältnisse zu beurtheilen. Die Befugniss der Landesgesetzgebung, auf die Erledigung vordem anhängig gewordener Konkurssachen die K.-O. oder einzelne Bestimmungen derselben für anwendbar zu erklären, kann an sich nicht bezweifelt werden. Damit aber der erste Abs. des § 8 nicht die Auslegung erfahre, als ob er reichsgesetzlich vorschreibe, dass die bisherigen Gesetze massgebend bleiben müssen, erschien es gerathen, den Vorbehalt für die Landesgesetzgebung wie in § 18 Abs. 2 des E.-G. zur C.-P.-O. ausdrücklich hinzuzufügen.“ (M.: 470.)

Für die Frage, ob das Konkursverfahren vor dem Inkrafttreten der K.-O. bereits eröffnet war, ist das bisher geltende Recht entscheidend. Es kommt lediglich darauf an, ob nach diesem Recht die Eröffnung schon vor dem 1. Okt. 1879 bewirkt war. Dass die richterliche Verfügung, durch welche das Verfahren eröffnet worden ist, vor dem 1. Oktober 1879 bereits die Rechtskraft erlangt hatte, ist nicht erforderlich. Vielmehr genügt es nach der klaren Fassung des §, dass der in Frage stehende Beschluss vor dem entscheidenden Tage ergangen ist. Wie bezüglich der C.-P.-O. (§ 18 E.-G.) lediglich der Zeitpunkt der Anhängigkeit des Rechtsstreits entscheidend ist, ohne dass es auf die Zulässigkeit der Klage u. s. w. ankommt, so hier die Thatsache der stattgehabten Eröffnung. Wird der Eröffnungsbeschluss aufgehoben, so fällt damit das ganze Verfahren zusammen. Bleibt derselbe aber in Kraft, so ist für das ganze Verfahren der Zeitpunkt der Eröffnung massgebend.[1]) Ob der Eröffnungsbeschluss mit Recht erlassen wurde, ist gleichfalls nach dem früher geltenden Rechte zu entscheiden und ebenso ist nach diesem zu beurtheilen, in welcher Weise der Beschluss angefochten werden kann und welche Rechtsmittel gegen ein der Anfechtung stattgebendes oder dieselbe zurückweisendes Erkenntniss zulässig sind.[2]) Ist in der Sache ein rechtskräftiges Urtheil ergangen, so finden gegen dasselbe als

[1]) A. M. ist von Völderndorff, der (§ 8 Bem. I, Bd. 1. S. XX.) unter Verweisung auf § 18 des E.-G. zur C.-P.-O. die Meinung ausspricht, es werde ein rechtskräftiger Ausspruch vorausgesetzt. Diese Ansicht ist jedoch mit dem Wortlaut des § unvereinbar und findet auch im § 18 des E.-G. zur C.-P.-O. keineswegs eine Stütze. Uebrigens bezeichnet von Völderndorff die Frage selbst als zweifelhaft und gibt Gründe an, welche gegen seine Auffassung sprechen.

[2]) V. dagegen die abweichenden Ansichten von Völderndorff, der (a. a. O.) die Meinung ausspricht, das Verfahren in der höheren Instanz richte sich nach der neuen K.-O. und es sei nicht zu prüfen, ob nach der früheren Gesetzgebung die Konkurseröffnung gerechtfertigt sei, sondern ob die Voraussetzungen des § 94 K.-O. vorlägen.

„ausserordentliche Rechtsmittel" nur die Nichtigkeitsklage und Restitutionsklage nach den Bestimmungen der C.-P.-O. statt. (§ 20 E.-G. zur C.-P.-O).

Für die Anwendung der in der K.-O. enthaltenen Strafbestimmungen ist im Allgemeinen der Umstand entscheidend, ob die mit Strafe bedrohte Handlung am 1. Okt. 1879 bereits begangen war. Ist dies der Fall, so können die neuen Strafbestimmungen nur dann zur Anwendung kommen, wenn sie milder sind, als das frühere Strafgesetz. (V. § 2 Abs. 2 R.-St.-G.-B., Bem. I. zu §§ 9 ff.)

§ 9.

In einem am Tage des Inkraftretens der Konkursordnung oder nach diesem Tage eröffneten Konkursverfahren finden die Bestimmungen der Konkursordnung über die Anfechtung von Rechtshandlungen auf eine vor dem bezeichneten Tage vorgenommene Rechtshandlung Anwendung, sofern nicht dieselbe nach den Vorschriften der bisherigen Gesetze der Anfechtung entzogen oder in geringerem Umfange unterworfen ist.

§ 10.

In einem am Tage des Inkrafttretens der Konkursordnung oder nach diesem Tage eröffneten Konkursverfahren finden die Bestimmungen der §§ 42, 48 Nr. 3, 49 der Konkursordnung auf eine vor dem bezeichneten Tage abgetretene oder erworbene Forderung Anwendung, sofern nicht die bisherigen Gesetze eine Aufrechnung zulassen oder eine Verpflichtung zum Schadenersatze nicht oder in geringerem Umfange begründen.

§ 11.

In einem am Tage des Inkrafttretens der Konkursordnung oder nach diesem Tage eröffneten Konkursverfahren finden die Bestimmungen der Konkursordnung und dieses Gesetzes über abgesonderte Befriedigung auf Pfand- und Vorzugsrechte Anwendung, wenngleich dieselben oder die Forderungen vor dem bezeichneten Tage erworben sind.

§ 12.

Insoweit Pfand- und Vorzugsrechte, welche vor dem Tage des Inkrafttretens der Konkursordnung auf Grund eines

Vertrages, einer letzwilligen Anordnung oder einer richterlichen Verfügung erworben oder in Bankstatuten den Banknoteninhabern rechtsgültig zugesichert sind, zufolge der Bestimmungen der Konkursordnung und dieses Gesetzes ihre Wirksamkeit verlieren, kann die Landesgesetzgebung für die Forderung des Berechtigten ein Vorrecht vor allen oder einzelnen der im § 54 der Konkursordnung bezeichneten Forderungen gewähren.

Ist das Pfand oder Vorzugsrecht auf einzelne bewegliche Gegenstände des Sehuldners beschränkt, so kann das Vorrecht nur in Höhe des Erlöses derselben gewährt werden.

Das durch die vorstehenden Bestimmungen vorbehaltene Vorrecht kann nicht gewährt werden für ein zwei Jahre nach dem Inkrafttreten der Konkursordnung eröffnetes Konkursverfahren, wenn nicht das Vorrecht dadurch erhalten wird, dass dasselbe bis zum Ablaufe der zwei Jahre zur Eintragung in ein öffentliches Register vorschriftsmässig angemeldet ist. Der Erlass von Vorschriften über die Einrichtung solcher Register, sowie über die Anmeldung und Eintragung der Forderungen bleibt der Landesgesetzgebung vorbehalten.

§ 13.

Die Landesgesetzgebung kann der Ehefrau, den Kindern und den Pflegebefohlenen des Gemeinschuldners für Forderungen, welche vor dem Tage des Inkrafttretens der Konkursordnung entstanden sind, ein Vorrecht nach Massgabe des § 12 Abs. 1, 2 insoweit gewähren, als ein gesetzliches Pfand- oder Vorzugsrecht der Ehefrau, der Kinder oder der Pflegebefohlenen nach den bisherigen Gesetzen bestanden hat.

Auf das Vorrecht der Ehefrau findet die Bestimmung des § 12 Abs. 3 entsprechende Anwendung.

Den Kindern und den Pflegebefohlenen kann das Vorrecht für ein fünf Jahre nach dem Inkrafttreten der Kon-

kursordnung eröffnetes Konkursverfahren nicht gewährt werden.

(E.: §§ 9—13. M.: 470—476. K.: 135—138. 205—211.)

I.

Allgemeine Bemerkungen.

Die §§ 9—13 betreffen die Anwendbarkeit der K.-O. auf Konkurse, welche nach dem 1. Oktober 1879 eröffnet worden sind, auf welche sonach § 8 E.-G. nicht zur Anwendung kommt. Wenn auch in derartigen Konkursen das Verfahren sich nach der K.-O. richten muss, so bedurfte es doch besonderer Bestimmungen hinsichtlich derjenigen Rechtsverhältnisse, welche am 1. Okt. bereits begründet waren, und diese sind in den §§ enthalten. Im Allgemeinen wurde bezüglich des Systems der K.-O. in den Motiven Folgendes bemerkt: „Dass alle Bestimmungen über das Verfahren (Buch II.) auf ein solches Verfahren Anwendung finden, welches nach dem Inkrafttreten der K.-O. eröffnet wird, dass dagegen die Strafbestimmungen der K.-O. (Buch III.) auf eine vor ihrer Geltung begangene Handlung nicht anzuwenden sind, sie seien dann milder als das zur Zeit der begangenen Handlung geltende Gesetz (St.-G.-B. § 2 Abs. 2), dürfte kaum ein Bedenken erwecken. Schwierigkeiten bietet nur die Anwendung der Bestimmungen des Konkursrechts (Buch I.) auf die vor dem Geltungstermine entstandenen Rechtsverhältnisse. Die unmittelbaren Wirkungen freilich, welche die Konkurseröffnung ausübt und welche der erste Titel in Ansehung des Umfangs der Konkursmasse (§ 1), der Rechte der Gläubiger an denselben (§§ 2—4) in Ansehung ihrer Verwaltung und der Verfügung über sie (§§ 5—9), sowie der Verfolgung von Forderungen gegen sie (§§ 10—14) festsetzt, müssen unzweifelhaft sofortige Anwendung finden; die vor der Eröffnung des Konkurses und dem Inkrafttreten des Gesetzes begründeten Rechtsverhältnisse sind diesen unmittelbaren Wirkungen der Konkurseröffnung unterworfen. Gleiches gilt von den Bestimmungen des zweiten Titels (§§ 15—21) über die Erfüllung schwebender Verträge. Die Gültigkeit und der Inhalt der Verträge wird nicht in Frage gestellt. In Frage steht nur die Erfüllung und die Folgen einer Nichterfüllung. Es sind dies Wirkungen, welche die Konkurseröffnung unmittelbar und ausschliesslich erzeugt. Sie verletzen nicht wohlerworbene Rechte. Erweiterungen eines civilrechtlichen Vindikationsanspruchs für den Konkurs sind nicht Bestandtheile des Eigenthumsrechts, nicht ein mit dem Erwerb des Eigenthums „wohlerworbenes Recht", sondern ein Privileg, welches durch und für die Konkurrenz mit den Konkursgläubigern dem Berechtigten gewährt wird. Erweiterungen, welche das bisherige Konkursrecht für eine Vindikation im Konkurse aufgestellt hat, fallen daher in einem nach dem Inkraftreten der K.-O. eröffneten Konkurse hinweg; es bleibt bei dem Civilrecht (§ 35). Es fallen also nicht bloss die in den Motiven zu § 36 erwähnten bisherigen Privilegien der Käufer und Verkäufer fort,[1]) sondern

[1]) V. Bem. I. 1 zu § 36.

auch die gemeinschaftlichen „Prärogative" der Ehefrau des Gemeinschuldners aus l. 30 C. de jure dot. 5. 12 in Bezug auf ästimirte Dotalsachen.[1]) Aus demselben Grunde kommen die Erweiterungen, welche die K.-O. in §§ 36, 38 gewährt, den früher erworbenen Eigenthumsansprüchen zu Gute. Ihnen könnten nur die Rechte der Konkursgläubiger auf die Konkursmasse entgegengehalten werden. aber diese werden auch erst durch die Konkurseröffnung und nach Massgabe der K.-O. begründet. — Hinwieder erscheinen die Beschränkungen, welche ein Eigenthümer in der Verfolgung seiner Eigenthumsrechte in einem Konkurse erleidet, als ein Privileg für die Konkursgläubiger. Auch die Beschränkungen des bisherigen Konkursrechts fallen demnach hinweg; insbesondere also die von der K.-O. aufgegebenen bisherigen Vindikationsbeschränkungen der Ehefrau. Dagegen würden die Beschränkungen der K.-O., soweit sie nicht schon bei dem Erwerb der Eigenthumsrechte in Geltung waren, auf diese nicht zurückgreifen können. Indessen wird die einzige Beschränkung der K.-O., die in § 37 der Ehefrau auferlegte Beweispflicht, im Grunde für kein Rechtsgebiet als eine Neuerung zu erachten sein. — Masseansprüche (Titel 7) entstehen erst nach der Konkurseröffnung, in einem nach dem Geltungstermin der K.-O. eröffneten Konkurse also stets unter ihrer Herrschaft. — Die Rangverhältnisse der Konkursgläubiger endlich und der Umfang ihrer Rechte für den Konkurs wird ebenfalls durch denselben begründet. Zweifel über die Anwendbarkeit der Bestimmungen des achten Titels auf die vor dem Inkrafttreten der K.-O. entstandenen Forderungen können füglich nicht obwalten. Für die beregten Titel bedarf es daher keiner gesetzlichen Vorschrift." In der Reichstagskommission wurde von Goldschmidt die Ansicht ausgesprochen, dass die Vorschrift des § 37 schlechthin für alle, auch für die vor Einführung des Gesetzes entstandenen, ehelichen Güterverhältnisse zur Anwendung kommen würde, worauf Regierungsrath Hagens entgegnete: „Die Annahme des Vorredners sei bedenklich. Vielmehr bleibe es bezüglich der Vindikationsansprüche der Ehefrau, welche auf einen vor dem Inkrafttreten der K.-O. vollendeten Eigenthumserwerb gegründet würden, im Allgemeinen bei dem bestehenden Gesetze, sofern nämlich dieses nicht strenger sei, also dem Vindikationsanspruche keine oder nur einige der, oder nicht mehr als die von der K.-O. eingeführten Beschränkungen auferlege. Indessen sei die in § 37 der Ehefrau auferlegte Beweispflicht die einzige Beschränkung, welche die K.-O. nach dieser Richtung enthalte, und diese Beweispflicht werde im Grunde für kein Rechtsgebiet als Neuerung erscheinen." Nachdem sich der Abg. von Vahl mit diesen Sätzen sachlich einverstanden erklärt, aber das Bedenken geäussert hatte, ob man dieselben aus dem Gesetze herausfinden könne, verwies Regierungsrath Hagens auf die Ausführungen in den Motiven und es wurde die Diskussion geschlossen, ohne dass ein Beschluss gefasst oder ein Antrag gestellt worden wäre. (K.: 135). Die Entscheidung der Frage, ob § 37 auch dann Anwendung finden muss, wenn die Ehefrau bereits vor dem Inkrafttreten der K.-O. die in Frage stehenden Gegenstände erworben hat, aber

[1]) V. hiezu Motive zu § 37 S. 171, 175, Bem. 1 zu § 37.

nach der bisherigen Gesetzgebung eine Beschränkung bezüglich des Beweises nicht bestand, ist hienach der Praxis überlassen. Bei der bestimmten Fassung des § und da das Gesetz von dem Grundsatz ausgeht, dass die konkursrechtlichen Vorschriften der K.-O. in der Regel auch dann zur Anwendung kommen sollen, wenn es sich um früher entstandene Rechtsverhältnisse handelt, ist übrigens nicht abzusehen, wie die Anwendung des §, die durch kein Gesetz ausgeschlossen ist, soll unterbleiben können. Für dieselbe spricht auch entschieden die Natur der Vorschrift, die zwar nicht in prozessualischen, sondern in sachlichen Erwägungen ihren Grund hat, aber doch nur die Beweislast regelt, indem sie die Vermuthung, die sonst durch den Besitz begründet wird, hier nicht gelten lässt. (Bem. 2 zu § 37.) Die Beweislast bestimmt sich nicht nach dem zur Zeit der Entstehung des Anspruchs geltenden Recht, sondern nach den Vorschriften, welche zur Zeit der Entscheidung über dieselbe gelten.[1])

II.
Besondere Bestimmung über das Anfechtungsrecht.
(§ 9.)

„Das Anfechtungsrecht (Titel 3) setzt wohlerworbene Rechte voraus. Abweichend von der Befugnisss eines Kontrahenten, die Gültigkeit der Willenserklärung und des aus ihr folgenden Erwerbs wegen Betrugs, Zwangs oder dergleichen das Ent- oder Bestehen des Rechtsverhältnisses bedingender Umstände anzufechten, geht das Anfechtungsrecht der Konkursgläubiger davon aus, dass die Handlung des Gemeinschuldners demjenigen gegenüber, mit welchem oder für welchen er sie vorgenommen hat, gültig erfolgt ist. Er will die vor dem Gemeinschuldner veräusserten Sachen wieder zur Konkursmasse ziehen, den Erwerber oder dessen Rechtsnachfolger zur Herausgabe verpflichten.[2]) Das Anfechtungsrecht der Konkursgläubiger findet in dem Konkurse seine Begründung und seinen Ursprung. Daher entscheidet das zur Zeit der Konkurseröffnung, nicht das zur Zeit der Veräusserung oder sonstigen Rechtshandlung geltende Recht über das Anfechtungsrecht der Gläubiger. Es entscheidet die Frage, von wem, in welcher Weise und wie lange die Anfechtung im Konkurse ausgeübt werden kann (K.-O. §§ 29, 34) und es begrenzt den Umfang des Anfechtungsrechts, die Anfechtbarkeit und die Wirkung einer Anfechtung. Wenn und soweit die K.-O. eine Anfechtung nicht gewährt, kann die Anfechtung nicht erfolgen, auch wenn die vor dem Inkrafttreten der K.-O. vorgenommene Handlung nach bisherigem Gesetz hätte angefochten werden können. — In Ansehung des Dritten dagegen greift das Anfechtungsrecht die Wirksamkeit des von ihm geschehenen Erwerbs an; der Dritte kann sich auf sein gültig begründetes, sein „wohlerworbens“ Recht berufen. Wenn und soweit er nach dem zur Zeit seines Erwerbs geltenden

[1]) V. auch Hullmann § 8 Anm. 1 S. 367. A. M. ist von Sarwey, ebendas. Bem. 1 S. 754.

[2]) V. auch Bem. III. zu § 22.

Recht unanfechtbar erworben hatte, können die neuen Bestimmungen der K.-O. eine Anfechtung gegen ihn nicht begründen. Der § 9 bringt Regel und Ausnahme zur Geltung.“ (M.: 472).

III.

Vorschrift über das Recht der Aufrechnung.

(§ 10.)

Die Aufrechnung wird in der K.-O. als Deckungsrecht behandelt. (Vorbem. zu §§ 46 ff., Bem. zu § 46.) Desshalb erscheint die Erweiterung der Aufrechnungsbefugniss für den Konkurs (§ 47) in derselben Weise wie die Erweiterung eines Vindikationsanspruchs als eine den Konkursgläubigern gegenüber zugestandene Sicherung und es muss darauf die K.-O. Anwendung finden. (V. auch Bem. I.) Ebenso müssen die Vorschriften der K.-O. über die Unzulässigkeit der Aufrechnung, welche die beiden ersten Nummern des § 48 enthalten, auch dann Anwendung finden, wenn die Forderung des Gläubigers (Nr. 1) oder die Schuld desselben (Nr. 2) vor dem Inkrafttreten der K.-O. entstanden war; denn die Aufrechnungsbefugniss würde erst nach der Konkurseröffnung, also unter der Herrschaft der K.-O. entstanden sein. „Anders liegt der Fall der Nr. 3. Die hier vorgeschriebene Unzulässigkeit einer Aufrechnung, sowie die in den §§ 49, 42 festgesetzte Entschädigungspflicht beruhen auf dem Anfechtungsrechte. Für dieselbe musste dieselbe Massgabe wie bei letzterem ausgesprochen werden.“ (M.: 472.)

IV.

Anwendung der Konkurs-Ordnung auf früher entstandene Pfandrechte und Privilegien.

(§§ 11—13.)

1.

In derselben Weise wie bezüglich der bisher erörterten Rechtsverhältnisse gilt auch hinsichtlich der Absonderungsrechte der allgemeine Grundsatz, dass die Vorschriften der K.-O. auch dann entscheidend sind, wenn der in Frage stehende Anspruch vor dem Inkrafttreten derselben entstanden ist. „Auch die Frage, welche Gläubiger abgesondert vom Konkursverfahren zu befriedigen sind, welche Gegenstände der Konkursmasse und für welche Ansprüche dieselben zu einer abgesonderten Befriedigung dienen, und in welcher Weise eine abgesonderte Befriedigung stattfinden soll, ist eine Frage des Konkursrechts. Der Zeitpunkt der Konkurseröffnung ist für sie massgebend. Die K.-O. entscheidet über eine abgesonderte Befriedigung auch rücksichtlich der vor dem Inkrafttreten derselben entstandenen Ansprüche. Ein von der K.-O. zugelassenes Absonderungsrecht kommt den älteren Ansprüchen zu statten; Absonderungsrechte der bisherigen Gesetze, welche die K.-O. nicht anerkennt, verlieren ihre Geltung.“ (M.: 473.) Da die K.-O. den gemeinrechtlichen Hypotheken ohne Besitz und zwar den auf Vertrag beruhenden ohne Ausnahme, den gesetzlichen mit geringen Ausnahmen die Wirksamkeit für den Konkurs versagt und die denselben gleichstehenden vertragsmässig eingeräumten oder gesetzlichen Privilegien, insbesondere die gesetz-

lichen Privilegien des französischen Rechts in gleicher Weise behandelt (Bem. II. 1 zu § 40), wird der bisherige Rechtsstand vielfach in einschneidendster Weise geändert und es musste die Frage aufgeworfen werden, ob nicht zu Gunsten wohlerworbener Rechte Ausnahmebestimmungen zu treffen seien. Diese Frage wurde bejaht. Bei Aufstellung der in den §§ 12 und 13 enthaltenen Ausnahmevorschriften wurde aber an der Auffassung festgehalten, dass zu Gunsten solcher Ansprüche nicht ein Absonderungsrecht gewährt oder aufrechterhalten, sondern nur ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung im Sinne des § 54 eingeräumt werden könne. Für generelle Pfandrechte, welche sich auf die gesammte Konkursmasse erstrecken, konnte eine abgesonderte Befriedigung gar nicht in Frage kommen. Aber auch bezüglich der auf einzelne Gegenstände beschränkten Hypotheken und Privilegien wurde deren Gewährung für unthunlich gehalten. „Die Hypothekenund Privilegiengläubiger sind Konkursgläubiger und würden in der Konkurrenz mit den anderen Gläubigern nichts als ein Vorrecht aus dem Erlöse der ihnen verhafteten Sachen zu beanspruchen haben.“ (M.: 473.) Auch soweit es sich um die Einräumung von Vorzugsrechten handelt, wurde es nicht für die Sache der Reichsgesetzgebung gehalten, positiv und einheitlich zu bestimmen, welche der bisherigen Vorzugsrechte und in welchem Umfang dieselben berücksichtigt werden sollen. Vielmehr ist dies nach den §§ 12 und 13 der Landesgesetzgebung überlassen. Durch das E.-G. wurden nur Normativbestimmungen aufgestellt. Diese bezeichnen die Schranken, innerhalb deren der Rücksicht auf die von der K.-O. beseitigten Vorrechte Rechnung getragen werden kann.

Für Elsass-Lothringen sind Vorschriften, wie sie die §§ 12 und 13 vorsehen, im Ausführungsgesetz nicht getroffen worden.

2.

Durch § 12 soll die landesgesetzliche Berücksichtigung derjenigen (generellen oder speziellen) Pfand- und Vorzugsrechte ermöglicht werden, welche auf einem Vertrag oder einer letztwilligen Anordnung oder auf einer richterlichen Verfügung beruhen. Die Worte „oder in Bankstatuten den Banknoteninhabern rechtsgültig zugesichert sind“ wurden von der Reichstagskommission beigefügt, um jeden Zweifel darüber auszuschliessen, dass auch die Pfand- und Vorzugsrechte, welche den Inhabern von Banknoten vor Einführung der K.-O. eingeräumt worden sind, durch die Landesgesetzgebung aufrechterhalten werden können. (K.: 137, 210, 211.) Uebrigens bezieht sich die Vorschrift des § nur auf Pfandrechte und Privilegien an beweglichen Sachen, welche nach § 3 E.-G. ihre Wirkung verlieren. Pfand- und Vorzugsrechte an unbeweglichen Sachen werden durch die K.-O. überhaupt nicht berührt. (Bem. 3 zu § 39.) Der Vorbehalt für die Landesgesetzgebung ist desshalb nach dieser Richtung gegenstandslos.

Durch die Vorschrift in Abs. 2 ist das landesgesetzlich aufrechterhaltene Vorzugsrecht hinsichtlich der Höhe beschränkt und es ist diese Beschränkung auch dann wirksam, wenn sie im Landesgesetz nicht wiederholt worden ist. Durch Abs. 3 wird dafür gesorgt, dass auch die vor Einführung der K.-O. begründeten und aufrechterhaltenen Vorzugsrechte spätestens vor Ablauf einer

Frist von zwei Jahren erkennbar gemacht werden. Der Erlass der Vorschriften, welche die Einrichtung solcher öffentlichen Register und die Anmeldung der Vorzugsrechte betreffen, ist der Landesgesetzgebung vorbehalten, welche insbesondere auch zu bestimmen hat, ob und in welcher Weise eine öffentliche Aufforderung zur Anmeldung zu erlassen, eine Feststellung des Ranges der einzelnen angemeldeten Forderungen vorzunehmen und wie die Eintragung zu bewirken ist.“ Soweit die Landesgesetzgebung von dem Vorbehalte nicht Gebrauch macht, oder sofern der Gläubiger die vorschriftsmässige Anmeldung unterlassen hat, soll in den zwei Jahre nach dem Inkrafttreten der K.-O. eröffneten Konkursen das Vorrecht nicht mehr Platz greifen. (M.: 474. 475.)

3.

Bezüglich der gesetzlichen Hypotheken und Privilegien geht die K.-O. von dem allgemeinen Grundsatze aus, dass solche, soweit sie nach der K.-O. ein Vorzugsrecht fernerhin nicht gewähren, ihre Wirksamkeit überhaupt verlieren müssen, auch wenn es sich um einen bereits vor der Einführung der K.-O. entstandenen Anspruch handelt. (M.: 475.) Nur zu Gunsten der Ehefrau, sowie der Kinder und Pflegebefohlenen des Gemeinschuldners ist in § 13 eine Ausnahme von diesem Grundsatz gemacht und der Landesgesetzgebung die Befugniss eingeräumt worden, diesen Personen in derselben Weise ein Vorzugsrecht einzuräumen, wie es zu Gunsten der vertragsmässigen und der denselben gleichgestellten Pfand- und Vorzugsrechte nach § 12 gestattet ist. Für die Ehefrau gilt bezüglich der Erkennbarmachung die Vorschrift des § 12 Abs. 3. Den Kindern und Pflegebefohlenen des Gemeinschuldners, welchen in § 54 K.-O. für die häufigsten und wichtigsten ihrer Forderungen ein Vorzugsrecht eingeräumt ist, kann das Vorrecht nur hinsichtlich solcher Konkurse gewährt werden, welche innerhalb fünf Jahren nach dem Inkrafttreten der K.-O. eröffnet worden sind. Es ist dagegen eine Eintragung in bestimmte Register reichsgesetzlich nicht vorgesehen.

§ 14.

Faustpfandrechte im Sinne des § 40 der Konkursordnung bestehen an beweglichen körperlichen Sachen nur, wenn der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn den Gewahrsam der Sache erlangt und behalten hat.

Das Absonderungsrecht besteht ohne Uebergabe der Sache sofern:

1. nach den Reichsgesetzen oder den Landesgesetzen die Uebergabe von Konnossementen und ähnlichen Papieren über Waaren oder andere bewegliche Sachen der Uebergabe derselben, oder die Eintragung der Verpfändung in das Schiffsregister oder

die Uebergabe der mit einem beglaubigten Vermerke der Verpfändung versehenen Schiffsurkunden oder einer beglaubigten Abschrift derselben der Uebergabe des verpfändeten Schiffes gleichsteht;

2. über eine Verbodmung nach Vorschrift des Handelsgesetzbuchs ein Bodmereibrief ausgestellt ist.

§ 15.

Faustpfandrechte im Sinne des § 40 der Konkursordnung bestehen an Forderungen und anderen Vermögensrechten nur:

1. wenn der Drittschuldner von der Verpfändung benachrichtigt ist;
2. wenn der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn den Gewahrsam der körperlichen Sache, welche den Gegenstand des Rechts bildet, oder der über die Forderung oder das Vermögensrecht ausgestellten Urkunde erlangt und behalten hat;
3. wenn die Verpfändung in dem Grund- oder Hypothekenbuche eingetragen ist.

§ 16.

Die Vorschriften der Landesgesetze, welche für den Erwerb von Faustpfandrechten mehrere der in den §§ 14, 15 bezeichneten Erfordernisse oder weitere Erfordernisse festsetzen, bleiben unberührt.

§ 17.

Der Landesgesetzgebung bleibt vorbehalten, Bestimmungen zu treffen, nach welchen

1. den Inhabern der von Gemeinden oder anderen Verbänden, von Korporationen, Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien oder Genossenschaften ausgestellten Pfandbriefe oder ähnlicher auf Grund erworbener Forderungen von denselben

ausgestellter Werthpapiere an solchen Forderungen ein Faustpfandrecht im Sinne des § 40 der Konkursordnung dadurch gewährt werden kann, dass einem Vertreter sämmtlicher Inhaber allein oder in Gemeinschaft mit dem Aussteller die Ausübung des Gewahrsams der über die Forderungen lautenden Urkunden übertragen oder auf diesen Urkunden die Gewährung des Pfandrechts vermerkt wird;

2. den Inhabern von Schuldverschreibungen, welche von den unter Nr. 1 bezeichneten Schuldnern über eine Anleihe ausgestellt sind, an gewissen beweglichen körperlichen Sachen ein Faustpfandrecht im Sinne des § 40 der Konkursordnung dadurch gewährt werden kann, dass einem Vertreter sämmtlicher Inhaber allein oder in Gemeinschaft mit dem Aussteller die Ausübung des Gewahrsams der Sachen übertragen wird;

3. den Inhabern von Schuldverschreibungen, welche von den unter Nr. 1 bezeichneten Schuldnern über eine Anleihe ausgestellt sind, ein Vorrecht vor nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern, deren Forderungen später entstehen, dadurch gewährt werden kann, dass die zu bevorrechtigenden Forderungen in ein öffentliches Schuldenbuch eingetragen werden.

(E.: §§ 14—17. M.: 476—481. K.: 138. 139. 204—211.)

1.

Allgemeine Bemerkungen.

Die §§ 14—17 enthalten Ergänzungen des § 40 K.-O., welcher dem Faustpfande die Wirkung eines Absonderungsrechts beilegt ohne zu bestimmen, welche Eigenschaften ein Faustpfand haben muss, und sollen das System der K.-O. über abgesonderte und vorzugsweise Befriedigung mit den Normen des bürgerlichen Rechts über Pfandrecht in Einklang bringen. Sie treffen sowohl solche Ansprüche, welche schon vor der K.-O. entstanden sind, als solche, welche erst nach dem Inkrafttreten der K.-O. erworben wurden; ja sie sind vorzugsweise auf Ansprüche der letzteren Art berechnet. Damit ein Faustpfandrecht die in der K.-O. vorgesehenen Wirkungen habe, muss es unter allen Umständen den Vorschriften der §§ entsprechen. Dies genügt aber nicht, damit ein im

Sinne der K.-O. wirksames Faustpfandrecht anzunehmen ist. Vielmehr bleiben die Vorschriften der Landesgesetze, welche weitere Erfordernisse festsetzen, in Kraft. (§ 16.) „Die §§ 14 und 15 wollen nicht positiv reichsgesetzlich bestimmen, dass in den bezeichneten Fällen ein Faustpfandrecht erworben werden solle; sie setzen vielmehr voraus, dass in diesen Fällen und in dieser Weise die bürgerlichen Landes- oder Reichsgesetze einer Verpfändung Gültigkeit und die Wirksamkeit eines Besitzpfandrechts beilegen; namentlich bleiben also die Vorschriften der Landesgesetze, welche für den Erwerb von Faustpfandrechten mehrere der in den §§ 14, 15 bezeichneten Erfordernisse oder noch weitere Erfordernisse festsetzen, unberührt. Die Bedeutung dieser §§ liegt nur in der Anerkennung der von ihnen aufgeführten und der Ausschliessung anderer Arten einer Verpfändung ohne Uebergabe des Pfandobjekts." (M.: 478.).

2.
Faustpfandrechte an beweglichen körperlichen Sachen.
(§ 14.)

In Abs. 1 des § wird die Regel aufgestellt, dass zur Wirksamkeit eines Faustpfandrechts an beweglichen körperlichen Sachen im Konkursverfahren die Uebergabe des Besitzes an den Gläubiger vorausgesetzt wird. „Besitzübertragung durch blossen Vertragswillen wird ausgeschlossen. Der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn muss den Gewahrsam der Sache erlangt und behalten haben." (M.: 476.) In der Reichstagskommission erklärte Websky: „Er nehme an, dass „Gewahrsam" im Sinne des § 14 vorhanden sei, sobald der Gläubiger thatsächlich in der Lage sei, über die Sachen zu verfügen, ohne dass es einer Uebergabe von Hand zu Hand bedürfe." Darauf wurde von Regierungsrath Hagens erwidert: „Die frühere Unterscheidung zwischen körperlicher und symbolischer Uebergabe, wonach unter letztere jede Uebergabe falle, welche nicht die Sache von Hand zu Hand übertrage, sei längst aufgegeben. Man verstehe jetzt ziemlich allgemein unter Uebergabe denjenigen Akt, durch welchen der, welchem der Besitz übertragen werden solle, thatsächlich in den Zustand gesetzt werde, mit Ausschluss Anderer über die Sache zu verfügen. Diesen Zustand nenne die K.-O. „Gewahrsam" und ob dieser Zustand durch einen bestimmten Akt herbeigeführt worden, sei nach Lage des Falles thatsächlich zu entscheiden. (K.: 138. 139.) Nach diesen zutreffenden Ausführungen hängt es von den Umständen ab, ob in einem bestimmten Falle die Uebergabe von Schlüsseln, die Bestellung von Aufsehern, das Zeichnen von Waaren u. s. w. eine Uebergabe des Besitzes enthalten, bezw. den Gewahrsam begründen.

Die strenge Durchführung der in Abs. 1 aufgestellten Regel wurde bei Aufstellung der K.-O. für unmöglich gehalten, vielmehr das Bedürfniss anerkannt, für einzelne Fälle (sogen. symbolischer Verpfändung) nämlich für eine Verpfändung von Sachen und Waaren, welche im laufenden Verkehr befindlich sind und von Schiffen, sofern das bürgerliche Recht sie als bewegliche Sachen behandelt, ein Absonderungsrecht ohne Uebergabe der Sache selbst einzuräumen. Hiebei wurde eine Erkennbarmachung nicht bloss im Allgemeinen vorgeschrieben, sondern es wurde als nothwendig erachtet, diejenigen Fälle civilrechtlicher Ver-

pfändung bestimmt zu bezeichnen, in welchen die Erkennbarkeit als hinreichend bewirkt gelten soll. „Der § 14 will anerkennen: Die Fälle einer Verbodmung von Schiff, Fracht oder Ladung durch Ausstellung des Bodmereibriefs nach Vorschrift der Art. 680 ff. des H.-G.-B. und die einer Verpfändung des Schiffes durch Eintragung in das Schiffsregister oder auf die urkundlich oder in beglaubigter Abschrift übergebenen Schiffspapiere, sowie die Fälle einer Verpfändung von Waaren durch Uebergabe von Konnossementen und ähnlichen Papieren. Eine nähere Bezeichnung der letzteren war zu vermeiden. Der Ausdruck bezeichnet, dass nicht blosse Beweisurkunden genügen, dass vielmehr eine dem rechtlichen Wesen eines Konnossements entsprechende Verpflichtungsurkunde vorausgesetzt wird, welche den Gläubiger mit Ausschluss des Schuldners in den Stand setzt, über die Sache zu verfügen und ihren Besitz zu erlangen. Der Ausdruck schliesst also namentlich Ladescheine und Lagerscheine nicht aus. Man konnte aber weder positiv diese benennen, denn ein einheitliches Recht über Wirkung derselben besteht nicht (M.: zu § 36 S. 169), noch mit ihnen den Kreis abschliessen, denn es kann nach Landesrecht noch anderen Verpflichtungsscheinen eine den Konnossementen ähnliche Wirkung beigelegt sein. Das Handelsgesetzbuch (Art. 313 Abs. 1, 374 Abs. 1, 382 Abs. 1 u. s. w.) verfährt in derselben Weise.“ (M.: 477.)

Reichsgesetzliche Vorschriften, nach welchen die Uebergabe von Konnossementen und ähnlichen Papieren, die Uebergabe einer Waare oder anderer beweglicher Sachen ersetzen, finden sich, abgesehen von den in § 41 bestätigten gesetzlichen Pfand- und Retentionsrechten, in Art. 649 des H.-G.-B. und § 6 des Reichsges. vom 21. Juli 1870 betr. die Gründung öffentlicher Darlehenskassen. Im gemeinen und französischen Recht besteht bezüglich der Wirkungen der Konnossemente Streit.[1]) Dagegen steht nach pr. A. L.-R. (I. 20 §§ 367 ff., 374 ff.) die Uebergabe von Konnosementen und ähnlichen Papieren über bestimmte Waaren der Uebergabe derselben gleich.[2])

3.

Faustpfandrecht an Forderungen und anderen Vermögensrechten.

Bezüglich der Voraussetzungen, welche vorhanden sein müssen, wenn einer Verpfändung von Forderungen oder anderen Vermögensrechten die Wirkung eines Faustpfandrechts zukommen soll, waren dieselben Erwägungen massgebend, welche zu den Bestimmungen in § 14 führten. Auch hier sollte im Wesentlichen die Erkennbarkeit der Verpfändung gesichert werden. In den Motiven (477, 478) wurden die Vorschriften des § in folgender Weise gerechtfertigt: „Die Formen, welche § 15 hinstellt, lassen dem Verkehr einen weiten Spielraum; sie schliessen sich den Formen einer Pfändung nach den Vorschriften der C.-P.-O. und einer Verpfändung nach den Vorschriften des preuss. A. L.-R., des Code, der

[1]) V. Thöl, Handelsrecht § 270 S. 297 ff.; Goldschmidt, Handelsrecht §§ 73 und 75; Dalloz, nantissement Art. 1; Troplong, vente Nr. 272 ff., 281, 283 und nantissement 299 ff. und 339 ff.; Massé, droit commercial Bd. III. Nr. 1596, 1602 ff.; Sirey-Gilbert, Suppl. Art. 2096 1 u. 2.

[2]) V. auch Förster, pr. Privatrecht Bd. III. S. 454.

bayerischen, sächsischen, würtembergischen und der meisten anderen Landesgesetze der Neuzeit an. Manche von diesen erfordern oft zwei Formen neben einander, so dass es gewiss nicht eine Härte ist, das Absonderungsrecht zu versagen, wenn keine der aufgeführten Formen gewahrt ist. Die Verpfändung, welche durch blosse Uebergabe der Verpfändungsurkunde an den Gläubiger geschieht, entbehrt jeder Erkennbarkeit; sie kann sowenig wie die gemeinrechtliche Verpfändung durch blossen Vertrag genügen." Dass das Vorhandensein eines der im § aufgezählten drei Erfordernisse zur Begründung eines Faustpfandrechts genügt, was nach der Fassung des Gesetzes zweifelhaft sein könnte, wurde von Regierungsrath Hagens in der Reichstagskommission (139) bestätigt, ohne dass hiegegen Widerspruch erhoben worden wäre. Hiebei wird jedoch immer vorausgesetzt, dass ausserdem den nach der Landesgesetzgebung vorgeschriebenen Erfordernissen genügt ist. (§ 16.) Die Art und Weise, in welcher die Benachrichtigung des Drittschuldners zu geschehen hat, ist, wie auch in der Reichstagskommission (139) hervorgehoben wurde, nach dem bürgerlichen Recht zu bemessen. Enthält dieses keine besonderen Vorschriften, so genügt jede, wenn auch noch so formlose, Mittheilung. Es muss jedoch der Pfandgläubiger nachweisen, dass eine solche stattgefunden hat.

4.
Absonderungsrecht der Inhaber von Pfandbriefen und Schuldverschreibungen der in § 17 vorgesehenen Art.

Die Vorschriften des § 17 beruhen auf der Erwägung, dass für die sogen. fundirten oder privilegirten Geldpapiere eine besondere Fürsorge erforderlich sei. Diese wurde in den Motiven damit gerechtfertigt, dass allen Emissionen von Pfandbriefen und Hypotheken-Certificaten, sowie von Banknoten der Gedanke zu Grund liege, dass den Inhabern bei einem Zahlungsunvermögen des Schuldners gewisse Gegenstände (Hypothekenforderungen, Vorräthe, Metallgeld u. s. w.), zur Deckung und zur abgesonderten Befriedigung haften und vielfach die Meinung bestehe, dass den Inhabern dieser Obligationen ein Vorrecht vor anderen Gläubigern zukomme. Es sollten besonders mit Rücksicht auf künftige Emissionen, welchen § 12 nicht zu Gute kommt, gesetzgeberische Bestimmungen ermöglicht werden, „die mit den Grundsätzen der K.-O. vereinbar die erhöhte Sicherheit gewähren, welche der allgemeine Verkehr den in Rede stehenden Papieren beilegt und muss beilegen können."

In der Reichstagskommission wurde § 17 in der von Websky vorgeschlagenen Fassung angenommen. Es wurde aber zugleich auf Antrag von Goldschmidt beschlossen, folgende Resolution vorzuschlagen, welche dann auch vom Reichstag angenommen wurde: „der Reichstag wolle beschliessen, den Reichskanzler zu ersuchen, womöglich noch vor dem Inkrafttreten der K.-O. die einheitliche Regelung des in § 17 E.-G. behandelten Gegenstandes im Wege der Reichsgesetzgebung herbeizuführen." Da diesem Beschlusse entsprechend bereits die Vorbereitungen getroffen wurden, den Gegenstand reichsgesetzlich zu regeln und dadurch der für die Langesgesetzgebung gemachte Vorbehalt seine Bedeutung verliert, ist eine weitere Erläuterung überflüssig.

Bayerische Staatsbibliothek MÜNCHEN

SACHREGISTER.

Die ersten arabischen Zahlen verweisen auf die §§ der K.-O. oder, wo dies besonders hervorgehoben ist (E.-G.), auf die des Einführungsgesetzes, die folgenden Zahlen auf die Erläuterungen zu den einzelnen §§.

A.

Abgaben, öffentliche. Absonderungsrecht: 41, II., 1; Vorrecht: 54, III.; A. als Massekosten: 51, II., 2.

Abschätzung der Massegegenstände: 110, 112 ff., 3.

Abschlagsvertheilungen. Allgemeiner Grundsatz: Vorbem. zu 137 ff.; Zeitpunkt: 137; Genehmigung des Gläubigerausschusses: 138; Verfahren: 139 bis 148; Forderungen, welche hiebei zu berücksichtigen sind: 139 ff., II.; Beseitigung des Ausschlusses oder der Berücksichtigung: ebendas. III.; Einwendungen gegen das Verzeichniss und Feststellung des Prozentsatzes: 146 ff.

Absonderungsrecht. Allgemeiner Grundsatz für dessen Behandlung: 3; Wirkungen und Umfang: 40, III.; Ansprüche, welche ein A. gewähren: 40, 41, 43—45; Erwerb eines A. nach der Konkurseröffnung ausgeschlossen: 11; Geltendmachung der Ausfallsforderung im Konkursverfahren: 57; Berücksichtigung derselben bei der Vertheilung; 139 ff., II, 3; Verpflichtungen der Absonderungsberechtigten: 108 bis 110; Abtretung von Forderungen an Ausländer: 49.

Abstimmung; in der Gläubigerversammlung: 85 ff., II.; bei dem Zwangsvergleich: 169.

Aktiengesellschaften. Besondere Vorschriften für deren Konkurs: 193, 194; Bestrafung der Vorstandsmitglieder: 214.

Alimentationsforderungen als Konkursforderungen: 2., IV., 5. S. auch Unterhalt.

Amtsgericht. Zuständigkeit desselben als Konkursgericht: 64; als Prozessgericht: 134; für die Leistung des Offenbarungseides: 115; besondere Vorschriften für den Nachlasskonkurs und den K. von Ausländern: 202, 208.

Anfechtung von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners: 22—34; Allgemeine Grundsätze: 22; Anfechtungsgründe: 22—25; Ausschliessung der A. wegen Zeitablaufs: 26; besondere Vorschrift für Wechselzahlungen: 27; Einfluss eines vollstreckbaren Schuldtitels, der Zwangsvollstreckung oder eines Arrests: 28; Ausübung des Anfechtungsrechts durch den Verwalter: 29; Zurückgewährung der veräusserten oder weggegebenen Gegenstände, Rückerstattung der Gegenleistung: 30—32; A. gegen Rechtsnachfolger: 33; Verjährung des Anfechtungsrechts: 34.

Anlegung von Geldern durch den Verwalter: 118 ff., 3.

Anmeldung der Konkursforderungen: 126—128.

Anweisung auf die Hinterlegungsstelle: 125.

Arrest: Unstatthaftigkeit während des Konkursverfahrens: 11; derselbe hin-

dert die Anfechtung nicht: 28; offener Arrest: 102, 108.

Aufrechnung: 46—49; der zur A. befugte Gläubiger braucht seine Forderung nicht im Konkursverfahren geltend zu machen: 46; A. bezüglich betagter, bedingter und illiquider Forderungen: 47; Unzulässigkeit der Aufrechnung: 48; Veräusserung einer von der Aufrechnung ausgeschlossenen Forderung an einen im Ausland wohnenden Schuldner: 49.

Auseinandersetzung von Miteigenthümern und Gesellschaftern erfolgt ausserhalb des Konkurses: 14.

Ausland: Wirkungen eines in demselben eröffneten Konkurses: 207, 208.

Ausländer als Konkursgläubiger: 4; betrügerische Abtretung von Forderungen an solche: 42, 49; Konkursverfahren gegen A.: 208.

Ausschlussfrist im Vertheilungsverfahren: 139 ff., II.

Aussonderung: 35—38; Allgemeine Grundsätze: 35; Aussonderungsrecht der Verkäufer und Einkaufskommissionäre wegen auf dem Transport befindlicher Waaren: 36; Aussonderungsrecht der Ehefrau des Gemeinschuldners: 37; A. des Erlöses anstatt der Sache selbst: 38; Genehmigung der Anerkennung von Aussonderungsansprüchen durch den Gläubigerausschuss: 121.

B.

Bankerutt, betrüglicher und einfacher: 209, 210; Einfluss des betrüglichen B. auf den Zwangsvergleich: 162, 183, 184.

Bedingte Forderungen: 47, 59, 60, 88, 142, 144, 155.

Begünstigung eines Konkursgläubigers; Anfechtung derselben: 23; Strafbarkeit: 211; Begünstigung bei Abschluss eines Zwangsvergleichs: 173.

Bekanntmachung, öffentliche. Allgemeine Vorschriften: 68, 69; B. der Ernennung des Verwalters: 73; der Einladung zur Gläubigerversammlung: 85, 90; des Veräusserungsverbots: 98; des Eröffnungsbeschlusses und offenen Arrests: 103; der Aufhebung oder Einstellung des Verfahrens: 105, 151, 175, 189, 191.

Beschwerde, sofortige: 66.

Betagte Forderungen: 58; Aufrechnung derselben: 47.

Betrug berechtigt zur Anfechtung von b. Rechtshandlungen des Gemeinschuldners: 23, 24; begründet die Unwirksamkeit des Zwangsvergleichs: 182.

Betrüglicher Bankerutt: 209; Einfluss desselben auf den Zwangsvergleich: 183, 184.

Bevorrechtigte Forderungen: 54; Auszahlung derselben vor einer Vertheilung: 157; Befriedigung im Falle eines Zwangsvergleichs: 176.

Briefgeheimniss; Beschränkung im Konkurs: 111.

C.

Cessio bonorum beseitigt: 149 ff., IV.

Cession von Forderungen zum Zweck der Umgehung des Gesetzes: 42, 49.

Civilprozess-Ordnung; entsprechende Anwendung derselben im Konkursverfahren: 65.

D.

Dienstbehörde des Gemeinschuldners; Mittheilungen an dieselbe: 104, 151, 175, 191.

Dienstverhältnisse zum Gemeinschuldner; Kündigung derselben: 19; Vorrecht für Forderungen aus D.: 54.

Differenzhandel als Merkmal des Thatbestands des einfachen Bankerutts: 210.

E.

Ehefrau. Niessbrauch an deren Vermögen: 1, IV.; Aussonderungsrecht derselben: 37; es steht ihr kein Vorrecht zu: 54, I., 2.

Ehegatten. Auseinandersetzung bezüglich der Gütergemeinschaft: 14; Absonderungsrecht: 44; Anfechtung von Rechtsgeschäften zwischen dem Gemeinschuldner und seinem Ehegatten: 24, 25.

Eingetragene Genossenschaften. Besondere Vorschriften für deren Kon-

kurs: 195—197; Bestrafung der Vorsteher und Liquidatoren: 214.

Einstellung des Konkursverfahrens: 188 bis 192.

Entscheidungen des Konkursgerichts; Zustellung derselben, Rechtsmittel: 66.

Entsiegelung: 114.

Erben des Gemeinschuldners; Verpflichtungen derselben: 193 ff., Bem. 4; 202 ff.

Erbschaften. Zugehörigkeit derselben zur Masse: 1, III., 3; Antretung derselben durch den Verwalter und Entsagung: 5, II., 5; Genehmigung des Gläubigerausschusses: 121, III., 2 a; Konkurs über einen Nachlass: 202 bis 206; Absonderungsrecht der Nachlassgläubiger und Vermächtnissnehmer: 43.

Erfüllung von Rechtsgeschäften: 15—21; zweiseitige Verträge: 15: Fixgeschäfte: 16; Pacht- und Miethverträge: 17, 18; Dienstverhältnisse: 19; Vorbehalt für die besonderen Bestimmungen der Reichs- und Landesgesetze: 20; Entschädigungsforderungen wegen Nichterfüllnng: 21.

Ermittelungen durch das Gericht: 67.

Eröffnung des Konkursverfahrens: 94 bis 106; allgemeine Voraussetzungen: 94; Antrag: 95—97; vorläufige Anordnungen: 98; Abweisung des Antrags wegen Mangels einer zureichenden Masse: 99; Eröffnungsbeschluss: 100; sofortige Beschwerde gegen denselben: 101; Verfügungen, welche gleichzeitig mit der Eröffnung zu erfolgen haben: 102; Bekanntmachungen u. s. w.: 103 bis 106.

Erwerb des Gemeinschuldners nach erfolgter Konkurseröffnung: 1, III.

F.

Familienfideikommisse, abgesonderte; Befriedigung der Gläubiger: 45.

Faustpfandrecht. Absonderungsansprüche aus demselben: 40; Erfordernisse eines Faustpfands, das Anspruch auf abgesonderte Befriedigung gibt: E.-G. 14—16.

Feststellung der Konkursforderungen im Prüfungstermin: 129—133; im Feststellungsprozess: 134—136.

Fixgeschäfte: 16.

Freigebige Verfügungen. Anfechtung derselben: 25; Forderungen aus f. V. können im Konkurs nicht geltend gemacht werden: 56.

Fristen; für die Anmeldung: 102, 126; für die Niederlegung der Tabelle: 128; Ausschlussfrist: 140; für Einwendungen gegen das Verzeichniss der Konkursforderungen: 146; für die Anberaumung des Schlusstermins: 150.

G.

Gehalt; Zugehörigkeit desselben zur Masse: 1, III. 2.

Geldstrafen können im Konkursverfahren nicht geltend gemacht werden: 56.

Gemeinschaft Dritter mit dem Gemeinschuldner. Auseinandersetzung: 14; Absonderungsrecht: 44.

Gemeinschuldner. Verlust des Verfügungsrechts: 5; Anspruch desselben auf Unterhalt: 1, IV.; freiwillige Unterstützung desselben: 118, 120, 51; Recht desselben auf Anhörung: 121, IV., Verpflichtungen des G.: 92, 93, 115, 129.

Genossenschaften, eingetragene. Konkurs über das Vermögen derselben: 195—197; Strafbestimmungen gegen die Vorstände und Liquidatoren: 214.

Genossenschaftsgesetz; Abänderungen desselben: E.-G. 3.

Gericht: s. Konkursgericht.

Gerichtsschreiber; Obliegenheiten desselben: 103, 104, 112, 128, 133, 151, 175, 191.

Gerichtsschreiberei; Niederlegung auf derselben: 78, 114, 139, 146, 165, 189.

Geschäft des Gemeinschuldners; Fortführung oder Schliessung desselben: 118, 120; Veräusserung: 122.

Geschäftsbücher des Gemeinschuldners; Schliessung derselben: 112.

Gesellschafter des Gemeinschuldners; Auseinandersetzung: 14; Absonderungsrecht: 44.

Gesellschaftsgläubiger; Rechte derselben im Konkurs über das Privatvermögen eines Gesellschafters: 201.

Gläubigerausschuss: 79—84; Bestellung: 79; Obliegenheiten desselben: 80; Verantwortlichkeit: 81; Beschlussfassung 82; Anspruch auf Vergütung: 83; Widerruf der Bestellung: 84.

Gläubigerversammlung: 85—91; Berufung: 85; Leitung derselben: 86; Beschlussfassung und Stimmrecht: 87 bis 89; Bekanntmachung des Gegenstands der Beschlussfassung: 90; Befugniss des Gerichts, die Ausführung eines Beschlusses zu untersagen: 91.

Grundbuch; Eintragungen in dasselbe: 106, 151, 175, 191.

Güterabtretung aufgehoben: 149 ff., IV.

H.

Haft des Gemeinschuldners: 93, 98.

Handelsbücher des Gemeinschuldners. Schliessung derselben: 112; Vernichtung oder Verheimlichung, Unterlassung der Führung u. s. w. als Merkmal des Thatbestands des Bankerutts: 209, 210;

Handelsgesetzbuch. Aufrechterhaltung der Vorschriften desselben: E.-G. 3.

Hinterlegung von Geldern: 118, 120, 125, 156.

Hypothekenbücher; Eintragung in dieselben: 106, 151, 175, 191.

Hypothekenrechte; Erwerb nach der Konkurseröffnung und nach dem Veräusserungsverbot: 12, 98.

I.

Inventarerrichtung durch den Verwalter: 113, 114.

K.

Kinder des Gemeinschuldners; Niessbrauch an deren Vermögen: 1, IV., Vorrecht derselben: 54.

Kommanditgesellschaft; Besondere Vorschriften über deren Konkurs: 198 ff.; Bestrafung der Liquidatoren: 214.

Konkursanspruch. Begriff: 2, I., 1; Anfechtung einer Rechtshandlung wegen Verletzung desselben: 23, II.

Konkursgericht; Zuständigkeit: 64, 202, 208; Entscheidungen: 66; Ermittelungen: 67; Aufsicht über den Verwalter: 75, 76.

Konkursmasse; Umfang derselben: 1.

Konkursverwalter. Ernennung: 70 ff., I., 1; Bestellung mehrerer Verwalter: 70 ff., I., 2; Bekanntmachung der Ernennung und Sicherheitsleistung ebend. II.; Verantwortlichkeit des Verwalters und Beaufsichtigung desselben: 74 bis 76; Anspruch auf Vergütung: 77; Schlussrechnung: 78, 120, 150, 175, 191; rechtliche Stellung der Konkursverwalters: 5, II.; Befugnisse und Verpflichtungen desselben im Einzelnen: 107–125.

Kosten des K.: 50, 51; Prozesskosten als Konkursforderung: 55; Kosten, welche den einzelnen Gläubigern durch ihre Theilnahme am K. erwachsen: 56; Kosten anhängiger Prozesse: 55, 2, IV., 2, 8 ff., II., 2; Kosten des besonderen Prüfungstermins: 130.

L.

Landesgesetzgebung; Beseitigung derselben im Allgemeinen: E.-G. 4; Ausnahmen von dieser Vorschrift: E.-G. 5, 12—14, 17; Aufrechterhaltung bezw. Vorbehalt derselben durch die K.-O.: 20, 35, 39, 43, 45, 106, 116, 180.

Landgericht; Zuständigkeit desselben für Feststellungsprozesse: 134.

Lehensgläubiger; Absonderungsrecht: 45.

Liquidatoren von Handelsgesellschaften und eingetragenen Genossenschaften; Rechte und Pflichten derselben: 193 ff., 3 und 4, 195 ff., 3; Strafbestimmungen: 214.

Lieferungsgeschäfte: Erfüllung solcher, die als Fixgeschäfte erscheinen: 16.

M.

Masseansprüche (Massegläubiger, Massekosten, Masseschulden): 50—53; Anerkennung derselben bezw. Genehmigung des Gläubigerausschusses: 121; Ausschliessung derselben: 159.

Miethverträge; Erfüllung derselben: 17, 18.

Miteigenthum des Gemeinschuldners; Auseinandersetzung: 14; Absonderungsrecht der Miteigenthümer: 44.

Moratorien aufgehoben: E.-G. 4.

N.

Nachforderungsrecht der Gläubiger: 152; Ausschliessung desselben durch den Zwangsvergleich: 178 ff., I., 1.

Nachlass; Konkurs über einen solchen: 202—206.

Nachtragsvertheilungen: 153.

Nichtigkeit der vom Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen: 6.

Niessbrauchsrechte des Gemeinschuldners; Veräusserung derselben: 1, I, 3; N. des G. am Vermögen seiner Ehefrau und seiner Kinder: 1, IV.

O.

Oeffentlichkeit der Verhandlungen findet nicht statt: 86, II., 1.

Oeffentliche Bekanntmachungen: s. Bekanntmachung.

Offenbarungseid des Gemeinschuldners: 112 ff., 5; Verweigerung desselben hat die Unzulässigkeit des Zwangsvergleichs zur Folge: 162.

Offener Arrest: 102, 103, 108.

Offene Handelsgesellschaften; Besondere Vorschriften über deren Konkurs: 198—200; Strafbestimmungen für die Liquidatoren: 214.

P.

Pachtverhältnisse. Kündigung: 17, 18; Absonderungsrechte: 41, II., 2 und 3; Ansprüche auf Rückgabe der Pachtkaution und des Pachtinventars: 52, III., 2.

Pensionen; Zugehörigkeit derselben zur Masse: 1, II. und 1, III., 2.

Pfandrechte; Erwerb und Eintragung nach der Konkurseröffnung und nach der Bekanntmachung des Veräusserungsverbots ausgeschlossen: 12, 98.

Pfandstücke; Einlösung derselben: 121.

Post; Zustellung durch Aufgabe zur Post: 69; Aushändigung der für den Gemeinschuldner eingegangenen Briefe u. s. w.: 111.

Präklusion, System der thatsächlichen: Vorbem. zu §§ 137 ff. und 139 ff., II., 4.

Prozesse des Gemeinschuldners: 8—10; Pr. zwischen den Gläubigern oder zwischen diesen und dem Verwalter (Feststellungsprozesse): 134—136.

Prüfungsverfahren: 129—133.

Q.

Quittungen des Verwalters: 125.

R.

Rangordnung; der Konkursforderungen: 54; der Masseansprüche: 53; zwischen verschiedenen Absonderungsansprüchen: 41, I., 2.

Realgläubiger; deren Anspruch auf abgesonderte Befriedigung: 39.

Rechnungslegung des Verwalters: 78, 120, 150, 175, 191.

Rechtshandlungen des Gemeinschuldners; Nichtigkeit der nach der Konkurseröffnung vorgenommenen: 6; Anfechtbarkeit früherer R.: 22—34.

Rechtshülfegesetz: E.-G. 3.

Registrirte Gesellschaften in Bayern: E.-G. 6.

Reichsgesetzgebung; Aufrechterhaltung derselben: E.-G. 3.

Retentionsrecht, kaufmännisches begründet ein Absonderungsrecht: 41, II., 6.

S.

Schenkungen; Anfechtung: 25; Forderungen aus solchen vom Konkursverfahren ausgeschlossen: 56.

Schiedsverträge des Verwalters; Genehmigung derselben durch den Gläubigerausschuss: 121.

Schlussrechnung des Verwalters: 78, 150, 175, 191.

Schlussvertheilung (und Schlusstermin): 149—151.

Schuldenmasse: 126—136.

Selbstverwaltung der Gläubiger: 79 ff., I., 85 ff., I. und IV.

Sicherstellung. Anspruch auf solche: 60, 158, 176; Verpflichtung zur Sicherheitsbestellung: 59, 155; Sicherheitsleistung durch den Verwalter: 70.

Sicherheitsmassregeln bezüglich der Masse: 98.

Siegelung: 112, 114.

Spezialprozesse: 134—136.

Stimmenkauf; Strafbestimmung bezüglich desselben: 213.

Stimmrecht der Gläubiger: 87—89; bei dem Zwangsvergleich: 169.

Strafbestimmungen: 209—214; Anwendung derselben auf Handlungen, die vor dem Inkrafttreten der K.-O. vorgenommen wurden: E.-G. 9 ff., I.

Streitgegenstand; Feststellung des Werths desselben in Spezialprozessen: 136.

T.

Tabelle der angemeldeten Forderungen: 128, 133; Berichtigung derselben: 134; Zwangsvollstreckung auf Grund der T.: 152, 175, 191.

Telegramme; Aushändigung derselben an den Verwalter: 111.

Theilungsmasse: 107—125.

Tod des Gemeinschuldners; Verpflichtungen der Erben: 193 ff., 4; 202 ff., 1.

U.

Ueberlegungsfrist des Erben ohne Einfluss auf den Konkurs über den Nachlass: 204.

Ueberschuldung rechtfertigt im Allgemeinen die Konkurseröffnung nicht: 94, I.; wohl aber bei Aktiengesellschaften: 193; und bei Konkursen über einen Nachlass: 203.

Unentgeltliche Verfügungen; Anfechtung derselben: 25.

Unterbrechung von anhängigen Prozessen durch die Konkurseröffnung: 8 ff., 2.

Unterstützung des Gemeinschuldners (Gewährung von Unterhalt): 118, 120, 51.

Urheberrechte; Zugehörigkeit zur Masse: 1, I., 2.

V.

Veräusserung von Massegegenständen: 107, 121, 122, 150; von Gegenständen eines Absonderungsrechts: 116, 117.

Veräusserungsverbot: 98.

Verfolgungsrecht des Verkäufers und Einkaufskommissionärs: 36.

Verfügungsrecht des Gemeinschuldners; Verlust desselben: 5; Wiedereinsetzung in dasselbe: 151, 177, 192.

Vergleiche, aussergerichtliche; des Verwalters: 121; als Grund der Einstellung des Verfahrens: 188—192; v. auch Vorbem. zu diesen §§.

Vergütung für die Auslagen und die Geschäftsführung des Verwalters: 77; des Gläubigerausschusses: 83.

Verhaftung des Gemeinschuldners: 93, 98.

Verjährung der Konkursforderungen; Unterbrechung derselben und Wiederbeginn des Laufs derselben: 13, 178 ff., 1.

Verkündung von Entscheidungen: 66.

Vertheilung: 137—159.

Verwalter: s. Konkursverwalter.

Verzeichniss der Forderungen und Schulden des Gemeinschuldners: 96; der zur Konkursmasse gehörigen Gegenstände: 113; der bei einer Vertheilung zu berücksichtigenden Forderungen: 139, 145, 146, 150.

Vollstreckung auf Grund der Tabelle: 152, 179.

Vorführung des Gemeinschuldners: 93, 98.

Vorstände von Aktiengesellschaften und eingetragenen Genossenschaften; Rechte und Pflichten derselben: 193 ff., 4, 195 ff., 3; Strafbestimmungen: 214.

Vorrechte: 54.

Vorzugsrechte; Erwerb derselben nach Eröffnung des Konkurses ausgeschlossen: 12; Uebergangsbestimmungen: E.-G. 11—13.

W.

Wechselrechtliche Forderungen: 2, IV., 3; Befugniss zur nachträglichen Unterschrift, Präsentation und Protest: 5, II., 4.

Werthpapiere; Hinterlegung derselben: 118, 120.

Widerspruch gegen angemeldete Forderungen: 129 ff.; Verfolgung desselben: 134 ff.

Wiederaufnahme des Konkursverfahrens: 184—187.

Z.

Zahlungsunfähigkeit und **Zahlungseinstellung**: 23, I., 2; 94, I. und II.

Zinsen, welche vor der Konkurseröffnung aufgelaufen sind: 55; Z. welche während des K. auflaufen: 56.

Zurücknahme des Antrags auf Konkurseröffnung: 95, 1.

Zuständigkeit; des Amtsgerichts: 64, 115, 134, 202, 208; des Landgerichts: 134.

Zustellung der Entscheidungen des Konkursgerichts: 66, 68; des Eröffnungsbeschlusses: 103.

Zwangsmassregeln gegen den Gemeinschuldner: 93, 98.

Zwangsveräusserung: 116, 117.

Zwangsvergleich: 160—187; allgemeine Voraussetzungen: 160, 161; Fälle der Unzulässigkeit: 162; Zurückweisung eines bereits früher verworfenen oder zurückgezogenen Zw.: 163; Vorprüfung durch den Gläubigerausschuss: 164; Einreichung des Vergleichsvorschlags und vorbereitendes Verfahren: 165—167; Grundsatz der gleichmässigen Berücksichtigung der Gläubiger: 168; Beschlussfassung in der Gläubigerversammlung: 169; Bestätigung durch das Konkursgericht: 170—174; Aufhebung des Konkursverfahrens: 175—177; Wirkungen des Zw.: 178—181; Anfechtung desselben wegen Betrugs: 182; Aufhebung zufolge einer rechtskräftigen Verurtheilung wegen betrüglichen Bankerutts: 183—187;

Zwangsvollstreckung; Unstatthaftigkeit nach Eröffnung des Konkursverfahrens: 11; Zw. auf Grund der Tabelle: 152, 179.

Zweiseitige Verträge; Erfüllung derselben: 15 ff.

Zwischenzinsen; Berechnung derselben: 58, 2.

In gleicher Ausstattung sind ferner erschienen:

Civilprozess-Ordnung für das deutsche Reich, nebst Einführungs-Gesetz. Für den praktischen Gebrauch erläutert von **Julius Petersen,** Kammerpräsident am k. Landgericht zu Strassburg i. E. 1878. 1 Band. 33¼ Bogen. Preis 10 ℳ. II. Band 54½ Bogen. Preis 16 ℳ 50 ₰.

Vollständig.

Konkurs-Ordnung für das deutsche Reich, nebst Einführungs-Gesetz. Für den praktischen Gebrauch erläutert von **Julius Petersen,** Kammerpräsident am k. Landgericht zu Strassburg i. E. 1879. 37¼ Bogen. Preis 11 ℳ 20 ₰.

Vollständig.

Strafprozess-Ordnung für das deutsche Reich, nebst Einführungs-Gesetz. Erläutert von **Adolf Keller,** Appellationsgerichtsrath in Colmar. 1878, 38¼ Bogen. Preis 11 ℳ 50 ₰.

Vollständig.

Das Gerichtsverfassungs-Gesetz für das deutsche Reich, nebst Einführungs-Gesetz. Erläutert von **Adolf Keller,** Appellationsgerichtsrath in Colmar. 1878. 19 Bogen. 5 ℳ 60 ₰.

Vollständig.

Ferner ist in meinem Verlage erschienen:

Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, nebst dem Pressgesetze, dem Sozialistengesetze und den Strafbestimmungen der deutschen Gewerbeordnung. Text-Ausgabe mit kurzen Bemerkungen, Verweisungen und Bezeichnung der Zuständigkeit nach der deutschen Gerichtsverfassung von **Berthold Traub,** Gr. Bad. Staatsanwalt. 1879. Taschenformat in sauberem Kartonband. Preis 1 ℳ

BUCHBINDEREI VON AUGUST WERZ MÜNCHEN

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Petersen, Julius, 1835-1909

Konkurs-Ordnung für das Deutsche Reich nebst Einführungs-Gesetz

Lahr 1878

J.publ.g. 371 g-2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11373396-8